

Die konsultative Volksabstimmung in der Schweiz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
REGINE STRÄULI
von Wädenswil ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

1982

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die konsultative Volksabstimmung in der Schweiz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
REGINE STRÄULI
von Wädenswil ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Juli 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. Emil Stark



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich erschienen als Heft 35 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von U. Häfelin, W. Haller, A. Kölz, G. Müller, D. Schindler und F. Zuppinger

Ich bin bei der Arbeit an dieser Dissertation nicht auf mich allein gestellt gewesen.

Herr Prof. Walter Haller hat mir bei der Bearbeitung des Stoffes völlige Freiheit gelassen, sich aber immer wieder Zeit für ein Gespräch genommen. Herr Prof. Alfred Kölz hat mich auf das Thema aufmerksam gemacht und meine Zweifel am Sinn wissenschaftlichen Arbeitens lebhaft wediskutiert. Meine Eltern haben mein Studium befürwortet und finanziert und auch das Manuskript dieser Arbeit korrigiert. Martin hat unschätzbare allgemeine Lebenshilfe geleistet. Geschwister, Freunde und Bekannte haben den Fortgang der Arbeit auf wohlthuende Weise gestört. Viele Mitglieder von eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Behörden haben mir oft sehr genaue Information und viel Material zukommen lassen. Frau Rosmarie Hager hat die Druckvorlage getippt.

Ich danke ihnen allen.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	XI
Quellenverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	
DER GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG	1
1. Meinungsäusserungen der Stimmbürger	2
2. Meinungsäusserungen in Form einer Volksabstimmung	3
3. Rechtlich unverbindliche Meinungsäusserungen	4
4. Wissen um die rechtliche Unverbindlichkeit	5
5. Beschränkung der Untersuchung auf die Schweiz	5
Erster Teil	
DIE KONSULTATIVABSTIMMUNG IN DER RECHTSWIRKLICHKEIT	7
§ 1 <u>Erscheinungsformen der Konsultativabstimmung und ihre Ursachen</u>	7
I. Konsultativabstimmung und Zuständigkeit	7
1. Vorbemerkungen	7
2. Antizipierende Abstimmungen in Materien, welche dem Referendum unterstehen	8
a) Rechtsnormen	8
b) Praxis	11
aa) Verfassungs- und Gesetzesreferendum	11
bb) Finanzreferendum	12
c) Bedeutung	14
d) Verwandte Erscheinungen	16
3. Abstimmungen in Materien, welche in die Zuständigkeit der Exekutive fallen	17
a) Rechtsnormen	17
b) Praxis	18
c) Bedeutung	22
aa) Die Motive	22
bb) Die politische Kontrolle von Verwaltungsakten im geltenden Recht und ihre Problematik	23
cc) Die Konsultativabstimmung als Ersatz für das fehlende Verwaltungsreferendum	29
d) Verwandte Erscheinungen	32

4. Abstimmungen in Materien, welche in die Zuständigkeit des Parlaments fallen	33
a) Rechtsnormen und Praxis	33
b) Bedeutung	33
c) Verwandte Erscheinungen	34
5. Abstimmungen in Materien, welche in die Zuständigkeit einer übergeordneten Gebietskörperschaft fallen	35
a) Rechtsnormen	35
aa) Kantonale Normen betreffend Abstimmungen über Initiativen und Vernehmlassungen zu Erlassen des Bundes	35
bb) Kantonale Normen betreffend Abstimmungen über Stellungnahmen von Regionen und Gemeinden zu Erlassen des Kantons	39
cc) Kommunale Normen	42
b) Praxis	42
aa) Abstimmungen in überkantonalen Regionen, Kantonen und Kantonsteilen	42
bb) Abstimmungen in Gemeinden	44
c) Bedeutung	48
aa) Die vertikale Kompetenzausscheidung bei Entscheiden mit unterschiedlichen Auswirkungen auf Gebietseinheiten verschiedener Stufe	48
bb) Die Bedeutung der Mitwirkung des Subsystems in Form einer Volksabstimmung	52
d) Verwandte Erscheinungen	56
II. Weitere Aspekte	57
1. Die häufigsten Materien	57
2. Konsultativabstimmungen mit und ohne gesetzliche Grundlage	58
3. Konsultativabstimmungen auf Bundes-, Kantons- und Regions- und auf Gemeindeebene	59
4. Faktisch verbindliche und faktisch unverbindliche Konsultativabstimmungen	59
§ 2 <u>Würdigung</u>	62
I. Die Funktionen der Konsultativabstimmung beim gegenwärtigen Rechtszustand	62
1. Informationsfunktion	62
2. Selbstbestimmung und Legitimation: Die demokratische Funktion	64
3. Ventil und Druckmittel: Die föderalistische Funktion	65
II. Die Einwirkungen der gewöhnlichen Volksabstimmungen auf die Konsultativabstimmung	66

III. Die Konsultativabstimmung als Symptom der Krise der Demokratie	68
---	----

Zweiter Teil

DIE STAATSRECHTLICHE GRUNDPROBLEMATIK DER KONSULTATIV-ABSTIMMUNG	73
--	----

§ 1 <u>Vorbemerkungen</u>	73
---------------------------	----

§ 2 <u>Der Konflikt mit einer vorgegebenen Kompetenzordnung</u>	74
---	----

I. Problem und Vorgehen	74
-------------------------	----

II. Abstimmungen im Kompetenzbereich von Exekutive und Parlament	74
--	----

1. Lehre und Rechtsprechung: Analyse der möglichen Stellungnahmen	74
a) Abstellen auf die rechtliche Unverbindlichkeit	74
b) Abstellen auf die politische Verbindlichkeit	75
c) Abstellen auf das Abschieben von Verantwortung	76
d) Abstellen auf den Organcharakter der Gesamtheit der Stimmbürger	76
e) Abstellen auf den Sinn der kompetenzbegründenden Norm	78
2. Synthese	79

III. Antizipierende Abstimmungen	81
----------------------------------	----

IV. Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich einer übergeordneten Gebietskörperschaft	84
--	----

1. Das Problem	84
2. Die Anhörung des Subsystems	85
3. Verbot der Stellungnahme in Form einer Volksabstimmung?	86
a) Wegen Verletzung der vertikalen Kompetenzordnung	86
b) Wegen Verletzung der Auskunftspflicht	90

V. Praktische Konsequenzen	94
----------------------------	----

1. Zusammenfassung	94
2. Erfordernis und Erlassstufe der gesetzlichen Grundlage	95
3. Der Grundsatz der Gewaltenteilung als Schranke für faktisch verbindliche Konsultativabstimmungen	96

§ 3	<u>Die Stimmbürger als Konsultativorgan</u>	98
I.	Das Problem	98
II.	Formen der politischen Teilnahme in der Schweiz und ihre Funktionen	99
1.	Vorbemerkungen	99
a)	Sinn und Gegenstand der Darstellung	99
b)	Terminologisches	100
2.	Formen	101
a)	Der Volksentscheid	101
aa)	Im allgemeinen	101
bb)	Grundsatzabstimmung	102
cc)	Behördenreferendum	104
dd)	Verwaltungsreferendum	105
b)	Mitwirkungsrechte	107
aa)	Volksinitiative	107
bb)	Referendumsbegehren	108
cc)	Vernehmlassungsverfahren	108
dd)	Offene Planung, Einspracheverfahren, Hearings	110
ee)	Petition	112
c)	Demoskopie	112
d)	Die politische Teilnahme des Subsystems	115
aa)	Vetoposition	115
bb)	Anhörung	117
cc)	Varia	117
3.	Funktion: Volksentscheid, Mitwirkungsrechte und Meinungsforschung im Vergleich	118
a)	Funktion im Entscheidungsablauf	118
b)	Staatsrechtliche Funktion	119
aa)	Selbstbestimmung	120
bb)	Integration	121
cc)	Information	123
dd)	Kontrolle	123
ee)	Legitimation	124
III.	Die Konsultativabstimmung als Instrument der politischen Teilnahme	125
1.	Grundsätzliche Beurteilung	125
a)	Funktion im Entscheidungsablauf	125
b)	Staatsrechtliche Funktion	126
2.	Die einzelnen Anwendungsbereiche	128
a)	Antizipierende Abstimmungen	128
b)	Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament	130
c)	Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich übergeordneter Gebietskörperschaften	131

IV.	Praktische Konsequenzen	133
1.	Zusammenfassende Beurteilung	133
2.	Erfordernis und Erlassstufe der gesetzlichen Grundlage	134
3.	Der Schutz des Stimmrechts als Schranke für faktisch verbindliche Konsultativabstimmungen	136
§ 4	<u>Der plebiszitäre Charakter der Konsultativabstimmung</u>	138
I.	Der Begriff des Plebiszits	138
II.	Konsultativabstimmung und Plebiszit	140
§ 5	<u>Die staatsrechtliche Beurteilung der demokratisch motivierten Konsultativabstimmung im besonderen: Beispiel einer Fragestellung an der Grenze von Recht und Politik</u>	142
Dritter Teil		
EINZELNE RECHTSFRAGEN		144
§ 1	<u>Der Entscheid über die Durchführung einer Konsultativabstimmung</u>	144
I.	Das zuständige Organ	144
1.	Die Regelung für gewöhnliche Volksabstimmungen	144
2.	Grundzüge einer Lösung für Konsultativabstimmungen	145
II.	Das zuständige Gemeinwesen	149
1.	Grundsatz	149
2.	Beschränkung durch das Recht eines übergeordneten Gemeinwesens	149
3.	Keine Beschränkung durch das Recht des vollziehenden Gemeinwesens	151
§ 2	<u>Das Abstimmungsverfahren</u>	152
I.	Das Problem	152
II.	Grundzüge einer Lösung für Konsultativabstimmungen	153
§ 3	<u>Die gesetzliche Grundlage</u>	156

I.	Die gesetzliche Grundlage als Zulässigkeitsanforderung	156
1.	Prinzip und Begründung	156
2.	Ausnahme	156
3.	Anforderungen an Inhalt und Erlassstufe	159
II.	Schranken der rechtlichen Regelung	159
§ 4	<u>Der Rechtsschutz</u>	159
I.	Kantonale Verfahren. Schutz des Gemeinwesens	159
II.	Die Stimmrechtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 85 lit. a OG)	160
1.	Verhältnis zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Freiheitsrechten und Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung	160
2.	Beschwerdegrund und Beschwerdeobjekt	161
3.	Legitimation	163
4.	Urteil, Beginn der Anfechtungsfrist und aufschie- bende Wirkung der Beschwerde	164
 Vierter Teil		
RECHTSPOLITISCHER AUSBLICK		166
§ 1	<u>Ausgangslage</u>	166
§ 2	<u>Alternativen</u>	168
I.	Überblick	168
II.	Einzelne Instrumente	169
1.	Grundsatzabstimmung	169
2.	Planungs- und Verwaltungsreferendum	172
3.	Behördenreferendum	176
4.	Veto des Subsystems und Grundrechtsschutz	177

LITERATURVERZEICHNIS

Wo keine besondere Zitierweise angegeben ist, werden die in diesem Verzeichnis angeführten Werke nur mit dem Namen des Verfassers zitiert.

- AUBERT Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, 2 Bde., Paris und Neuenburg 1967 (zit. *Traité*).
- *Le referendum populaire*, ZSR NF 91/1972 I S. 481 ff. (zit. *Referendum*).
- AUER Andreas, *Les droits politiques dans les cantons suisses*, Genf 1978 (*Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève* No 59).
- AUER Andreas/DELLEY Jean-Daniel, *Le referendum facultatif - La théorie à l'épreuve de la réalité*, ZSR NF 98/1979 I S. 113 ff.
- BAUMGARTNER Serge, *Die Standesinitiative*, Basler Diss., Basel und Stuttgart 1980 (*Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Reihe B: Öffentliches Recht Bd. 2).
- BECK Reinhard, *Sachwörterbuch der Politik*, Stuttgart 1977.
- BIERI Andreas, *Vollzugsföderalismus*, Freiburger Diss., Luzern 1979.
- BRIDEL Marcel, *Réflexions sur le principe majoritaire dans les démocraties*, in: *Menschenrechte - Föderalismus - Demokratie*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 45 ff.
- BRINER Lukas, *Grundsatzentscheide (zweistufiges demokratisches Beschlussverfahren) am Beispiel der zürcherischen Gemeinden*, Diss. Zürich 1974.
- BROWN Harry F., *Das Prinzip der Trennung der Gewalten in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts*, Zürcher Diss., Luzern 1934.
- DAHINDEN Philipp, *Le partage des compétences entre l'Etat et la commune en droit suisse*, Diss. Lausanne 1979.
- DERENDINGER Hans, *Die konsultative Volksbefragung*, in: *Festgabe für Franz Josef Jeger*, Solothurn 1973, S. 391 ff.
- EICHENBERGER Kurt, *Zur Einleitung: Von der Rechtssetzungsfunktion im heutigen Staat*, in: *Probleme der Rechtssetzung, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974*, ZSR NF 93/1974 II S. 7 ff. (zit. *Einleitung*).
- *Entwicklungstendenzen in der schweizerischen Demokratie*, in: *Menschenrechte - Föderalismus - Demokratie*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 79 ff. (zit. *Entwicklungstendenzen*).
- *Zusammen- und Gegenspiel repräsentativer und pelbiszitärer Komponenten im schweizerischen Regierungssystem*, in: *Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger*, Basel und Frankfurt am Main 1980, S. 95 ff. (zit. *Zusammenspiel*).

- FLUECKIGER Max, Die Anhörung der Kantone und der Verbände im Gesetzgebungsverfahren, Diss. Bern 1968.
- GASSER Hans-Peter, Die Volksrechte in der Zürcher Verfassung, Zürcher Diss., Winterthur 1966.
- GIACOMETTI Zaccaria, Ueber die rechtliche Zulässigkeit von Volksabstimmungen in nichtreferendumpflichtigen Materien, SJZ 52/1956 S. 305 ff.
- GRUNER Erich, Ist der schweizerische Staat zerstörbar?, Bern 1978 (Staat und Politik 23).
- HALLER Walter, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, ZSR NF 97/1978 I S. 501 ff. (zit. Ausbau).
- Raumplanung im demokratisch-föderalistischen Rechtsstaat, in: Menschenrechte - Föderalismus - Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 161 ff. (zit. Raumplanung).
- HANGARTNER Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern und Frankfurt am Main 1974 (Europäische Hochschulschriften Reihe II, Rechtswissenschaft, Bd. 86).
- HENNIS Wilhelm, Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, Recht und Staat, Heft 200/201, Tübingen 1957.
- HERNEKAMP Karl, Formen und Verfahren direkter Demokratie, Diss. Hamburg, Frankfurt am Main 1979 (Veröffentlichungen aus dem Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg Bd. 8).
- HEROLD Peter, Zur Geschichte des Finanzreferendums im Bunde, ZBl 82/1981 S. 64 ff.
- HOLLIHN Frank, Partizipation und Demokratie, Baden-Baden 1978 (Planen. Studien zur wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Beratung Bd. 12).
- HUBER Hans, Das Gesetzesreferendum, Recht und Staat, Heft 383, Tübingen 1969 (zit. Gesetzesreferendum).
- Fehlgebrauch des Vernehmlassungsverfahrens, NZZ vom 5. Dezember 1980 Nr. 284 S. 35 (zit. Fehlgebrauch).
- HUBER Harald, Das Problem der Willensbildung bei Änderungen im Bestand der Gliedstaaten im Bundesstaat, Zürcher Diss., Winterthur 1962.
- IMBODEN Max, Helvetisches Malaise, in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel und Stuttgart 1971, S. 279 ff.
- JAGMETTI Riccardo L., Demokratie im Umbruch, in: Menschenrechte - Föderalismus - Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, S. 209 ff.
- KAEGI Werner, Rechtsstaat und Demokratie (Antinomie und Synthese), in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 107 ff.
- KNOEPFEL Peter, Demokratisierung der Raumplanung, Diss. Bern 1977.
- KOELZ Alfred, Bundestreue als Verfassungsprinzip, ZBl 81/1980 S. 145 ff. (zit. Bundestreue).
- Ausbau des Verwaltungsreferendums?, SJZ 77/1981 S. 53 ff. (zit. Ausbau).

- Reform der Volksrechte im Kanton Solothurn, in: Festschrift 500 Jahre Solothurn im Bund, Solothurn 1981, S. 13 ff. (zit. Reform).
- KRIESI Hans-Peter, Interne Verfahren bei der Ausarbeitung von Stellungnahmen in Vernehmlassungsverfahren, Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaften 19/1979, S. 233 ff.
- KUHN Manfred, Meinungsforschung und Demokratie, Wirtschaft und Recht 1958, S. 292 ff.
- LEHNHERR Hanspeter, Mitwirkungsrechte und Rechtsschutz im Raumplanungswesen, Diss. Zürich 1976.
- LINDER Wolfgang/HOTZ Beat/WERDER Hans, Planung in der schweizerischen Demokratie, Bern 1979 (Res publica helvetica Bd. 11).
- METTLER Max, Das Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl. Wädenswil 1976.
- MEYER Hannes Anton, Wandlungen im Bestande der Gemeinden, Zürcher Diss., Belp 1978.
- MOOR Pierre, La participation des administrés dans les procédures d'aménagement du territoire, ZSR NF 95/1976 I S. 149 ff.
- MUELLER Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel und Stuttgart 1979 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 119).
- MUELLER Jörg Paul/SALADIN Peter, Das Problem der Konsultativabstimmung im schweizerischen Recht, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern und Stuttgart 1979, S. 405 ff. (zit. Problem).
- PATEMAN Carole, Participation and Democratic Theory, Cambridge 1970.
- PICENONI Vito, Die Kassation von Volkswahlen und Volksabstimmungen in Bund, Kantonen und Gemeinden, Zürcher Diss., Aarau 1945.
- RAISSIG Jürgen E., Das Petitionsrecht in der Schweiz - Relikt oder Chance?, Diss. Zürich 1977.
- RECHSTEINER Alfred, Die Kompetenzverteilung im Nationalstrassenbau, Zürcher Diss., Winterthur 1970.
- RHINOW René A., Rechtsetzung und Methodik, Basel und Stuttgart 1979 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 122).
- RIESEN Bruno, Konsultative Volksbefragungen, Seminararbeit, eingereicht an der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Bern 1979 (Maschinenschrift).
- ROTH-CUONY Urs-Philipp, Die Uebertragung von Bundesaufgaben an die politische Gemeinde, Diss., Zürich 1978.
- RUCH Alexander, Volksabstimmungen als Entscheidungshilfen für die Behörden, ZBl 80/1979 S. 337 ff.
- SALADIN Peter, Kernenergie und schweizerische Staatsordnung, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 297 ff.
- SCHAFFHAUSER René, Die direkte Demokratie in den komplexen Formen der Gemeindeorganisation, Diss. St. Gallen 1978 (St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht Bd. 6).
- SCHARPF Fritz, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, Konstanz 1970.

- SCHAUMANN Wilfried, Staatsführung und Gesetzgebung in der Demokratie, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel und Stuttgart 1972, S. 313 ff.
- SCHEFOLD Dian, Bewahrung der Demokratie und wirtschaftlich-technische Entwicklung, ZSR NF 93/1974 I S. 1 ff.
- SCHMIDTCHEN Gerhard, Meinungsforschung und direkte Demokratie, Schweizerisches Jahrbuch für politische Wissenschaften 10/1970, S. 17 ff.
- VON SCHULTHESS Dieter, Missachtung verfassungsrechtlicher Prinzipien oder Ausbau der Volksrechte? NZZ vom 23. Nov. 1979 Nr. 273 S. 49.
- STADLER Hans, Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus, Diss. Freiburg 1951 (Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Bd. 6).
- ZIMPEL Gisela, Selbstbestimmung oder Akklamation? Politische Teilnahme in der bürgerlichen Demokratietheorie, Stuttgart 1972.

Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

QUELLENVERZEICHNIS

- | | |
|-----------------------|---|
| AG, KV(neu) | Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980, angenommen am 28. Sept. 1980, in Kraft seit 1. Jan. 1982, BBl 1981 II 258 ff. |
| AtG | Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. Dez. 1959, SR 732.0. |
| BB zum AtG | Bundesbeschluss zum AtG vom 6. Okt. 1978, SR 732.01. |
| BG pol. Rechte | Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dez. 1976, SR 161.1. |
| Dir. des Innern ZH | Anregung des politischen Lebens durch Gemeindebehörden und konsultative Erhebungen, Kreisschreiben der Direktion des Innern des Kantons Zürich vom 10. April 1978. |
| Expertenkommission SO | Die Verfassung des Kantons Solothurn - wie sie sein könnte. Ergebnis der Arbeiten einer ausserparlamentarischen Expertenkommission, Solothurn 1978, Textvorschläge und Bericht. |
| Grosser Rat AG | Verhandlungen des aargauischen Grossen Rates, Protokoll der Sitzung vom 25. Nov. 1975, S. 1832. |

Grosser Rat BE	Botschaft des Grossen Rates des Kantons Bern an das Bernervolk betreffend das Volksbegehren betreffend einen Gesetzesentwurf über die Durchführung einer Volksbefragung, um die Bestrebungen des jurassischen Volkes kennenzulernen, Mai 1959.
GVG	Bundesgesetz über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz) vom 23. März 1962, SR 171.11.
Hans HUBER, Rechtsgutachten	Hans HUBER, Rechtsgutachten zu der Frage, ob es rechtlich möglich ist, Volksabstimmungen über Teilfragen der neuen Verfassung anzuordnen, der Fraktionspräsidentenkonferenz zuhanden des Verfassungsrates des Kantons Aargau erstattet, Muri bei Bern, 10. Dez. 1974.
Justizdir. BL	Bericht der Justizdirektion des Kantons Basel-Landschaft über die rechtliche Zulässigkeit einer konsultativen Volksbefragung in Sachen Kernkraftwerk Kaiseraugst vom 16. März 1976.
MUELLER/SALADIN, Zulässigkeit	Jörg Paul MUELLER/Peter SALADIN, Die Zulässigkeit von Konsultativabstimmungen über städtische Expressstrassen in der Stadt Bern, Rechtsgutachten für den Stadtpräsidenten von Bern, 7. Dez. 1978.
NAWIASKY	Hans NAWIASKY, Rechtsgutachten über die Motion Herbert Gutzwiller betreffend nochmalige Prüfung der Frage der Wiedervereinigung der Halbkantone Baselland und Baselstadt, 19. Juli 1955.
NSG	Bundesgesetz über die Nationalstrassen vom 8. März 1960, SR 725.1.
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dez. 1943, SR 173.110.
PBG	Zürcher Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz) vom 7. Sept. 1975, GS 700.1.
RR BL, Horburg	Bericht des Regierungsrates zum Initiativbegehren für Mitbestimmung im Basler Nationalstrassenbau "Horburg-Initiative", den Mitgliedern des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt zugestellt am 17. Okt. 1980.
RR BL, Verfassungsrev.	Verfassung des Kantons Basel-Landschaft, Entwurf 1979. Bericht des Regierungsrates an den Verfassungsrat vom 5. Nov. 1979.

- RR OW Bericht des Regierungsrates des Kantons Obwalden zur Einzelinitiative Harald Woermann (vom 12. Feb. 1979) vom 11. Sept. 1979.
- RR ZH, Atomanlagen Regierungsrat des Kantons Zürich, Vorlage und Weisung zur Volksabstimmung vom 2. Dez. 1979 über ein Verfassungsgesetz über Volksrechte beim Bau von Atomanlagen, ABl 1979 S. 1687 ff.
- RR ZH, Staatsverfassung Antrag des Zürcher Regierungsrates für ein Verfassungsgesetz über die Aenderung von Art. 29, 30 und 31 der Staatsverfassung, ABl 1974 S. 1845 ff.
- Sachkommission 4 AG Schlussbericht der Sachkommission 4 des Verfassungsrates des Kantons Aargau: Die Rolle des Volkes in der staatlichen Willensbildung, Nov. 1974.
- SCHORER P. SCHORER, Rechtskonsulent der Stadt St. Gallen, Rechtsgutachten für den Stadtrat zur Frage "Ist die Motion Rechsteiner/Schmid/Soom/Antenen betreffend 'Konsultativabstimmung über das Anschlusswerk Splügenplatz der SN 1' rechtlich zulässig?" St. Gallen, 26. Okt. 1978.
- TANNER A. TANNER, Stadtschreiber der Stadt St. Gallen, Zur Frage der Ermöglichung konsultativer Abstimmungen in der Gemeindeordnung, Exposé vom 12. Jan. 1971 z.Hd. der vorberatenden Kommission für die Revision der Gemeindeordnung der Stadt St. Gallen.
- VEGE 585/80 Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 16. April 1981 i.S. Bezirksrat Einsiedeln gegen Bezirksgemeinde Einsiedeln betreffend Bezirksgemeindebeschlüsse vom 21. Nov. 1980.

Weitere Angaben finden sich im Text und in den Anmerkungen. Das gilt insbesondere für Rechtsquellen und Materialien zu Konsultativabstimmungen (vgl. hinten S. 7 ff.).

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

ABl	Amtsblatt
a.M.	anderer Meinung
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
BBl	Bundesblatt
BR	Bundesrat
BVerfGE	Entscheide des deutschen Bundesverfassungsge- richtes
G	Gesetz
GG	Gemeindegesetz
GO	Gemeindeordnung
GS	Zürcher Gesetzessammlung 1981. Am 1. Januar 1981 in Kraft stehende Erlasse des Kantons Zü- rich
i.V.m.	in Verbindung mit
m.a.W.	mit andern Worten
m.E.	meines Erachtens
RR	Regierungsrat
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
u.a.	unter anderem
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Ge- meindeverwaltung

EINLEITUNG

DER GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

Die Konsultativabstimmung ist keine Erscheinung mit eindeutigen Merkmalen, die man beschreiben könnte, wie man sie in der Wirklichkeit vorfindet. Man muss vielmehr entscheiden, was man darunter versteht. Für die Definition, die ich gewählt habe, gibt es zwei Rechtfertigungen:

Meine Arbeit an dieser Dissertation begann mit dem Sammeln von Normen, von Unterlagen zu praktischen Fällen und von Stellungnahmen in Literatur und Judikatur unter dem Stichwort "Konsultativabstimmung". Mit der Zeit stellte sich heraus, dass diese Bezeichnung für unterschiedliche Erscheinungen gebraucht wird, dass einzelne Merkmale aber immer wieder auftauchen. Es gibt also gleichsam einen harten Kern von Konsultativabstimmungen, die alle diese Merkmale aufweisen. Er wird gebildet von Meinungsäusserungen der Stimmbürger eines bestimmten Gemeinwesens im Verfahren einer normalen Abstimmung. Das Ergebnis der Abstimmung wird von der Rechtsordnung nicht als Entscheid anerkannt, weshalb man die Abstimmung als unverbindlich oder konsultativ bezeichnet. Um diesen Kern gruppieren sich Phänomene, die nur einen Teil dieser Merkmale aufweisen, so dass das Bild am Rand verschwimmt bzw. fließend in andere Bilder übergeht, für die eine andere Bezeichnung zutreffender ist. Dieser Kern soll das Thema meiner Arbeit sein.

Das Besondere an den so definierten Konsultativabstimmungen ist, dass sie, ohne gewöhnliche, rechtsverbindliche Volksabstimmungen zu sein, sich äusserlich kaum von ihnen unterscheiden, während alle verwandten Erscheinungen entweder Volksabstimmungen sind oder aber stärkere Abweichungen aufweisen. Wenn konsultative und gewöhnliche Abstimmungen gleich, aber nicht identisch sind, werden die ersten besonders problematisch, aber auch besonders interessant, weil unklar ist, ob man sie rechtlich wie die zweiten behandeln müsse, oder gerade ganz anders. Es ist also auch das Interesse an einer ganz bestimmten Struktur eines Problems, das mich diese Definition hat wählen lassen. (1)

(1) Diese Struktur findet sich auch in andern Rechtsproblemen, so z.B. beim Konkubinat, wo immer wieder die Frage auftaucht, ob der Richter zivil- oder betreibungsrechtliche Normen betreffend die Ehe analog anwenden solle, oder ob er im Gegenteil diesen aussergesetzlichen Konkurrenten der Ehe als Tatsache ignorieren müsse.

1. Meinungsäusserung der Stimmbürger

Thema dieser Arbeit sind Abstimmungen, zu denen alle Stimmbürger und nur Stimmbürger eines bestimmten Gemeinwesens zugelassen sind. Ausgeschlossen sind somit Abstimmungen bei Nichtstimmberechtigten oder bei einer Gruppe, die nach einem dritten Kriterium Personen mit und ohne Stimmrecht zusammenfasst. Das bekannteste Beispiel sind hier die Abstimmungen bei den Frauen, als sie noch nicht stimmberechtigt waren, über die Frage, ob sie das Stimmrecht wünschten. Es gab sie in den Kantonen Appenzell-Innerrhoden (2), Basel-Stadt, Genf und Zürich (3) und sicher in vielen Gemeinden. (4) Denkbar – und hier ebenfalls nicht berücksichtigt – sind auch Abstimmungen bei Ausländern oder noch nicht stimmberechtigten Jugendlichen über Fragen, die sie betreffen, oder über die Einführung des Stimmrechts für sie. Zu anderen Gruppierungen kommt es, wenn man z.B. alle Einwohner eines Quartiers inklusive Ausländer abstimmen lässt oder nur die Angehörigen einer bestimmten Konfession. (5)

DERENDINGER nennt seinen Aufsatz "Die konsultative Volksbefragung" und will damit ausdrücklich auch Nichtstimmberechtigte erfassen. (6) Der Ausdruck "Volksbefragung" ist jedoch vage und wird auch gebraucht, wo eine Volksabstimmung nicht unmittelbar zur Aenderung der Rechtsordnung führt (7) oder wo die Befragung nicht die Form einer Abstimmung haben muss. (8)

(2) DERENDINGER, S. 396

(3) Botschaft des BR an die Bundesversammlung über die Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts in eidgenössischen Angelegenheiten, BBl 1957 I 695.

(4) So z.B. in der Gemeinde Engelberg (OW) am 22. Nov. 1970 (Auskunft der Gemeindebehörden).

(5) An einer Orientierungsversammlung des Bezirks Wilen (OW) zur Frage, ob die Kapelle Wilen abgerissen und an anderer Stelle neu gebaut werden solle, wurden die Katholiken über neunzehn Jahre in einer Konsultativabstimmung befragt. Der Entscheid lag bei der Einwohnergemeinde, die in diesem Fall das grössere Gemeinwesen ist (Aktennotiz über die Orientierungsversammlung vom 22. Mai 1968).

(6) S. 393

(7) GIACOMETTI, S. 305, nennt die Abstimmung über eine nichtformulierte Volksinitiative "Volksbefragung im engeren Sinn".

(8) Vgl. die Normen der Gemeinde Thun und des Kantons Solothurn, hinten S. 9 u. 10.

2. Meinungsäusserung in Form einer Volksabstimmung

Dieses Definitionsmerkmal soll in erster Linie klarstellen, dass ich unter "Konsultativabstimmung" nicht jede Befragung verstehe, bei der die Behörden an die Gesamtheit der Stimmbürger gelangen, sondern nur solche in einer Form, in der die Stimmbürger des betreffenden Gemeinwesens gelegentlich auch Volksentscheide fällen. Es sei zugegeben, dass dieses Kriterium zu äusserst subtilen Abgrenzungsfragen führt. Ob die Ausführungen in dieser Arbeit auch für Phänomene am Rande des Definitionsbereichs gelten, muss aber ohnehin anhand des konkreten Falls entschieden werden.

Eindeutig ausgeschlossen sind somit Umfragen der Behörden bei den Stimmbürgern mittels Fragebogen, persönlicher Befragung oder Geschäftsantwortkarten. (9) Abstimmungen an Orientierungsversammlungen, die von Behörden organisiert werden, sind häufig Konsultativabstimmungen, weil es solche Versammlungen vor allem in Gemeinden gibt, die auch den Beschluss an der Gemeindeversammlung kennen. Wo die Umstände eine Gemeinde zwingen, ein Parlament einzuführen, fällt die Assoziation einer Orientierungsversammlung mit der Versammlung der Stimmbürger als beschlussfassendem Gremium dahin (10), weshalb ich eine Abstimmung in diesem Rahmen nicht mehr zu den Konsultativabstimmungen zähle. Umso eindeutiger gehören Abstimmungen im Rahmen einer gewöhnlichen, beschlussberechtigten Gemeindeversammlung dazu, die nur deshalb konsultativ sein müssen, weil sie nicht ordnungsgemäss angekündigt wurden (11) oder weil sie Fragen betreffen, die ausschliesslich an der Urne zu entscheiden sind. (12)

Diese Fälle bieten Anlass für eine letzte Klarstellung. Wenn ich dem Begriff "Konsultativabstimmung" nur ein Verfahren zuordne, in dem die Stimmbürger sonst auch Entscheide fällen, heisst das nicht, dass dieses Verfahren fehlerlos sein müsse, d.h., dass alle Anforderungen, die an eine normale Volksabstimmung gestellt werden, erfüllt sein müssen. Ob dem so sei, ist eine Rechtsfrage. Was bei einer normalen Abstimmung ein Mangel mit rechtlichen Folgen ist, kann für die Konsultativabstimmung gerade typisch

(9) Ebenso MUELLER/SALADIN, Problem, S. 421. Allerdings geben diese Autoren als Begründung an, im Gegensatz zur Konsultativabstimmung würden die Stimmbürger hier nicht als "verfasstes Organ der politischen Entscheidungsbildung" auftreten. M.E. ist bei der Konsultativabstimmung aber gerade eines der rechtlichen Hauptprobleme, ob dem so sei. Als Definitionskriterien kommen deshalb nur äussere Merkmale in Frage.

(10) Ebenso MUELLER/SALADIN, Zulässigkeit, S. 43.

(11) METTLER (S. 141) spricht von "Umfragen".

(12) So im Fall Bassersdorf, hinten S. 13, und im Fall Einsiedeln, hinten S. 20.

sein: Sie ist nicht ordentlich angekündigt worden, oder an einer Orientierungsversammlung wird nicht genau geprüft, ob sich auch Nichtstimmberechtigte beteiligen, oder die Behörden ermitteln bei mehreren Alternativen lediglich für jede die prozentuale Unterstützung, statt dass sie Eventual- und Hauptanträge stellen. (13) So lange der Akt, in dem die Stimmbürger ihre Stimme abgeben, und der Rahmen, in dem dies geschieht, äusserlich das Bild einer normalen Volksabstimmung bieten, haben wir eine Konsultativabstimmung vor uns.

3. Rechtlich unverbindliche Meinungsäusserung

Das Resultat einer Konsultativabstimmung ist kein Entscheid, der mit den Mitteln durchgesetzt werden kann, die die Rechtsordnung dafür sonst zur Verfügung stellt. Es begründet für niemanden Rechtspflichten. Der juristische Grund der rechtlichen Unverbindlichkeit liegt darin, dass die Stimmbürger über eine Frage abstimmen, die zu entscheiden sie nicht zuständig sind.

Es gibt andere Volksabstimmungen, die nicht zu einer unmittelbaren Aenderung der Rechtsordnung führen, die aber im Unterschied zur Konsultativabstimmung für die staatlichen Organe die Pflicht begründen, die Rechtsordnung auf einem vorgezeichneten Weg zu ändern. Das sind in erster Linie Volksentscheide über Einzelheiten oder Grundzüge eines neuen Erlasses oder Werkes, welches die Behörden binden. Nach der heute gängigen Terminologie heissen sie Grundsatzabstimmungen. (14) Obwohl sie z.T. auch Konsultativabstimmungen genannt werden, gehören sie nicht mehr zum Gegenstand dieser Untersuchung. Ebenfalls nur mittelbar rechtswirksam sind Volksabstimmungen über Verfassungs- oder Gesetzesnormen, die erst mit der Konkretisierung durch einen weiteren Erlass anwendbar sein werden. Wo eine Norm so unbestimmt ist, dass ihre Auswirkungen bei der Volksabstimmung gar nicht absehbar sind, oder wo die Konkretisierung Jahre und Jahrzehnte auf sich warten lässt (15), verkommt die Volksabstimmung ohne Zweifel zu einer Art von unverbindlicher Volksbefragung. Trotzdem sind zumindest Staatszielbestimmungen entstanden und sind die Behörden auf einen bestimmten Kurs verpflichtet, weshalb wir diese Art der Unverbindlichkeit hier ebenfalls nicht berücksichtigen. (16)

(13) Dir. des Innern ZH, S. 6 u. 8.

(14) Vgl. hinten S. 102 Anm. 23.

(15) Vgl. z.B. die Art 24septies und 34quinquies BV über den Umweltschutz und die Mutterschaftsversicherung, die seit zehn bzw. sechsunddreissig Jahren ihrer Verwirklichung harren.

(16) Eine kompetenzbegründende Norm in der Bundesverfassung bedeutet zudem eine Kompetenzverschiebung von den Kantonen auf den Bund, die jederzeit aktualisiert werden kann.

Nur mittelbar wirksam sind schliesslich bedingte Volksentscheide, wie sie vor allem bei Gebietsänderungen vorkommen. Die Zustimmung des Bernervolks zur Ablösung des Kantons Jura wurde rechtswirksam nur unter der Voraussetzung, dass die ganze Eidgenossenschaft der Ablösung zustimmte. Sie war trotzdem ein Entscheid und nicht konsultativ in unserem Sinn. (17)

4. Wissen um die rechtliche Unverbindlichkeit

Eine Abstimmung bei den Stimmbürgern im gewohnten Verfahren über eine Frage, für welche sie nicht zuständig sind, ist im Normalfall ganz einfach ein kompetenzwidriger Volksentscheid, der auf Anfechtung hin als unzulässig aufgehoben wird. Im Gegensatz dazu beschäftigen uns hier Volksabstimmungen, bei welchen die Unzuständigkeit der Stimmbürger zum Entscheid bei den Behörden von Anfang an bewusst ist und nicht bestritten wird. Dieses Bewusstsein findet seinen Ausdruck in der Bezeichnung der Abstimmung als konsultativ oder als unverbindlich oder in anderen, ähnlichen Hinweisen in der Abstimmungsvorlage. Vor allem bei Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich eines andern Gemeinwesens wird die Unzuständigkeit meistens nach den gesamten Umständen von allen Beteiligten bewusst in Kauf genommen.

5. Beschränkung der Untersuchung auf die Schweiz

Die konsultative Volksabstimmung ist kein spezifisch schweizerisches Phänomen. Wenn überhaupt, vermutet man eher, sie in Staaten anzutreffen, die nicht über direktdemokratische Institutionen verfügen. Trotzdem werde ich in die folgende Untersuchung das Ausland nicht einbeziehen, denn es gibt entgegen allen Erwartungen nur schon in der Schweiz eine Fülle von Normen und praktischen Fällen zum Thema. Schon eine oberflächliche Beschäftigung mit ihnen zeigt, dass man sie tatsächlich und rechtlich nur richtig beurteilen kann, wenn man einen sehr engen Bezug zu den übrigen Verfahren herstellt, in welchen im betreffenden Gemeinwesen der staatliche Wille gebildet wird. Weil mir eine intensive Auseinandersetzung mit den Entscheidungsabläufen in mehreren ausländischen Staaten nicht möglich ist, wären meine Aussagen über Konsultativabstimmungen in andern Ländern entweder banal oder

(17) Das Problem der Willensbildung bei Gebietsänderungen bringt aber auch echte Konsultativabstimmungen hervor; vgl. hinten S. 40f.

anmassend. Es ist schon schwierig genug, die Individualität von achtzig Normen und praktischen Fällen, von sechsundzwanzig Kantonen und über dreitausend Gemeinden nicht zu verleugnen und doch zu allgemeinen Aussagen über die Konsultativabstimmung in der Schweiz zu kommen. Die Ueberlegungen meiner Arbeit lassen sich vielleicht auf ausländische Verhältnisse übertragen, sofern ein Land ein Minimum an direktdemokratischen Institutionen aufweist, wie das z.B. in Italien und Oesterreich und in den Einzelstaaten der USA der Fall ist. Für rein repräsentative Demokratien sind sie dagegen nicht zutreffend. (18)

(18) Für Beispiele von Konsultativabstimmungen im Ausland vgl. AUBERT, *Traité*, Nr. 1111; DERS., *Referendum*, S. 482; MUELLER/SALADIN, *Problem*, S. 424 f. u. 432 f. sowie Walter HALLER, *Die Beanspruchung des amerikanischen Stimmbürgers*, Erlench-Zürich und Stuttgart 1970, S. 30.

ERSTER TEIL

DIE KONSULTATIVABSTIMMUNG IN DER RECHTSWIRKLICHKEIT

§1 ERSCHEINUNGSFORMEN DER KONSULTATIVABSTIMMUNG UND IHRE URSACHEN

I. KONSULTATIVABSTIMMUNG UND ZUSTAENDIGKEIT

1. Vorbemerkungen

Die folgenden Abschnitte enthalten eine Sammlung von Normen, welche die Konsultativabstimmung regeln, und von praktischen Fällen, in denen eine Konsultativabstimmung effektiv stattfand oder angeregt wurde. Sie sind geordnet nach den Organen, die in der jeweiligen Frage den endgültigen Entscheid fällen, in deren Zuständigkeit die Abstimmung also eingreift. (1) Diese Gruppierung gibt die besten Aufschlüsse über die Ursachen der Abstimmungen. (2)

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne der angeführten Abstimmungen unserer Definition nicht entsprechen; z.T. ist das Tatsachenmaterial lückenhaft, z.T. hängt die Zuordnung von der Antwort auf Rechtsfragen ab, die wir erst später behandeln werden. (3)

Die Sammlung ist auch nicht vollständig, aber so vollständig wie möglich. (4) Sie beansprucht deshalb, eine repräsentative

(1) Ob dieser Eingriff auch eine Verletzung der Zuständigkeit bedeutet, wird als Rechtsfrage im zweiten Teil dieser Arbeit behandelt.

(2) Innerhalb der einzelnen Gruppen folgen auf die Normen über kantonale und kommunale Abstimmungen die praktischen Fälle in gleicher Ordnung, jeweils in alphabetischer Reihenfolge der Kantone.

(3) Das gilt vor allem für die Frage, ob die Stimmbürger auch bei antizipierenden Abstimmungen in die Zuständigkeit eines andern Organs eingreifen; vgl. hinten S. 81f.

(4) Quellen waren neben der Literatur Tageszeitungen und die Antworten der zuständigen kantonalen und einiger kommunaler Behörden auf einen an alle Kantone verschickten Fragebogen. Die grössten Lücken weist die Sammlung sicher für die Gemeinden mit Versammlungssystem auf. Es ist anzunehmen, dass Kon-

Grundlage für die Erklärung der rechtlichen und politischen Zusammenhänge, welche Konsultativabstimmungen hervorbringen, abzugeben. Weil auch Abstimmungen, die zwar angeregt wurden, aber nie stattfanden, zu dieser Erklärung beitragen, wurden sie ebenfalls berücksichtigt.

Unter dem Titel "Verwandte Erscheinungen" werden bei jeder Gruppe Phänomene genannt, die den gleichen politischen Ursachen entspringen. Der Vergleich zwischen der Konsultativabstimmung und ähnlichen Instrumenten im Sinne einer rechtlichen Kritik folgt hingegen im zweiten Teil dieser Arbeit, rechtspolitische Vorschläge für Alternativen im vierten.

2. Antizipierende Abstimmungen in Materien, welche dem Referendum unterstehen (5)

a) Rechtsnormen

- Art. 42 Abs. 2 der Schaffhauser KV lautet: "Ueberdies ist der Grosse Rat befugt, über Aufnahme einzelner Grundsätze in einen auszuarbeitenden Erlass eine Volksabstimmung ergehen zu lassen (Volksbefragung)". (6)

- Art. 46 der VO über die politischen Rechte des Kantons Appenzell Ausserrhoden (7) lautet:

"Die Gemeinden sind befugt, zur Abklärung grundsätzlicher Fragen unter der Bevölkerung Konsultativabstimmungen durchzuführen. Den Ergebnissen dieser Abstimmungen kommt keinerlei Rechtswirksamkeit zu. Der Beschwerdeweg ist ausgeschlossen.

Der Regierungsrat kann anordnen, dass eine Konsultativabstimmung über eine bestimmte Frage in allen Gemeinden gleichzeitig durchgeführt wird. Der Kanton stellt in diesen Fällen das Abstimmungsmaterial zur Verfügung."

sultativabstimmungen dort häufig sind, weil Diskussion und Abstimmung fliegend ineinander übergehen können.

(5) Die Bezeichnung "antizipierende Konsultativabstimmungen" stammt von MUELLER/SALADIN, Problem, S. 418.

(6) Ob die Abstimmung verbindliche Wirkung hat, ist unklar; vgl. hinten S. 103 Anm. 31.

(7) Vom 6. Nov. 1978. Anlass zum Erlass dieser Vorschrift waren nach mündlicher Auskunft des kantonalen Ratsschreibers die beiden Herisauer Fälle (hinten S. 12f. und 19). Ob auch Materien erfasst sind, für welche die Stimmbürger nicht zuständig sind, wurde bewusst offengelassen.

- Art. 70 der GO der Stadt Thun (BE) (8) lautet:
"Für die Vorbereitung wichtiger Geschäfte, insbesondere von Gemeindereglementen und Planungsfragen, kann der Gemeinderat (9) von Fall zu Fall zur besseren Information konsultative Befragungen durchführen, wobei er den Kreis der zu Befragenden und das Verfahren festlegt. Solche Befragungen sind nicht verbindlich." (10)
- Art. 18 Abs. 3 u. 4 der GO von Kerns (OW) lautet:
"Bei wichtigen Vorlagen hat der Gemeinderat die Bevölkerung zu Orientierungsversammlungen einzuladen. Hiezu können auch Fachleute beigezogen werden. Es dürfen keine Beschlüsse gefasst werden.
Konsultativabstimmungen sind möglich. Der Gemeinderat legt die Form dieser Abstimmungen fest."
- Am 5. April 1981 nahmen die Stimmbürger von Olten (SO) im Rahmen einer Teilrevision der GO folgenden Art. 9bis Abs. 1 an:
"Der Gemeinderat (11) kann in wichtigen Angelegenheiten zur Erforschung der Meinung der Stimmbürger Umfragen oder Konsultativabstimmungen durchführen lassen." (12)
- § 68 des Zuger GG (13) lautet:
"Ueber Grundsatzfragen kann der Gemeinderat (14) Konsultativabstimmungen an der Urne durchführen. An das Ergebnis sind weder die Stimmbürger noch die Behörden gebunden."
- Nach Art. 5 Abs. 2 der GO von Dübendorf (ZH) kann der Gemeinderat (15) bei Vorlagen, die dem obligatorischen Referendum unterstehen, einzelne Teil- oder Vorfragen, allen-

(8) Angenommen in der Volksabstimmung vom 27. Sept. 1981.

(9) D.h. die Exekutive.

(10) In Art. 32 führt die GO gleichzeitig die verbindliche Teil-, Vor- und Grundsatzabstimmung ein. Obwohl sich Art. 70 im Abschnitt über den Gemeinderat befindet, geht aus Text und Materialien hervor, dass die Befragung auch die Form antizipierender Abstimmungen annehmen kann.

(11) D.h. das Parlament.

(12) In der Botschaft an die Stimmbürger vom 12. Feb. 1981 werden diese Abstimmungen als unverbindlich bezeichnet, während Abs. 2 die verbindliche Grundsatzabstimmung einführt. Der Regierungsrat konnte sich bis jetzt nicht entschliessen, die Bestimmung zu genehmigen; NZZ vom 11. Aug. 1981 Nr. 183 S. 24.

(13) Vom 4. Sept. 1980.

(14) D.h. die Exekutive.

(15) D.h. das Parlament.

falls mit Varianten, der Gemeinde zum konsultativen Vor-
entscheid unterbreiten.

Einen Vorschlag für eine ähnlich lautende Norm gibt es im Kanton
Solothurn:

- Nach Art. 25 Abs. 1 eines Solothurnischen Verfassungsent-
wurfs kann der Kantonsrat über grundsätzliche Fragen der
künftigen Gesetzgebung konsultative Volksabstimmungen an-
ordnen. Nach Abs. 2 können Kantonsrat und Regierungsrat
auch in anderer geeigneter Form Volksbefragungen und Mei-
nungsumfragen durchführen. (16)

Einige Vorstösse zum Erlass von Normen über antizipierende Konsul-
tativabstimmungen blieben erfolglos.

- Im Kanton Basel-Landschaft verlangte eine Motion Eppler
vom 18. Feb. 1974, im Rahmen der Totalrevision der KV sei
die konsultative Volksbefragung einzuführen, um dem Stimm-
bürger eine frühzeitige Stellungnahme zu ermöglichen und
die Chance der Vorlagen zu verbessern. Im jetzt vorliegen-
den regierungsrätlichen Verfassungsentwurf findet sich das
Instrument der Konsultativabstimmung nicht. (17)
- Die Stimmbürger des Kantons Solothurn verwarfen am 24.
Sept. 1972 eine Verfassungsrevision, welche zur Konsultativ-
abstimmung ähnliche Formulierungen vorsah, wie der jetzt
vorliegende, genannte Entwurf. Nach den Materialien waren
sie als rechtlich unverbindlich gedacht. (18)
- Eine Motion Lenzlinger, welche die Regelung der Konsulta-
tivabstimmung in den Gemeinden verlangte, wurde vom Zür-
cher Kantonsparlament abgelehnt. (19)

(16) Nach der Absicht der Verfasser dieses Artikels soll die Frage
der Verbindlichkeit im ersten Absatz offen bleiben und betrifft
der zweite Absatz nur Befragungen in anderer Form als der
Urnenabstimmung, jedoch auch zur künftigen Gesetzgebung:
Expertenkommission SO, Bericht S. 66.

(17) RR BL, Verfassungsrevision.

(18) DERENDINGER, S. 391.

(19) Vgl. hinten S. 42.

b) Praxis

aa) Verfassungs- und Gesetzesreferendum

- Der Kanton Obwalden führte im Jahre 1966 eine Konsultativabstimmung über die Abschaffung der Landsgemeinde durch. (20)
- Im Nov. 1972 fand im Kanton Schaffhausen, gestützt auf Art. 42 Abs. 2 KV, eine Abstimmung über die Frage statt, ob das Stimm- und Wahlfähigekeitsalter von zwanzig auf achtzehn Jahre zu senken sei. (21)
- Im Jahre 1971 führte die Einwohnergemeinde Olten (SO) eine Konsultativabstimmung über zwei grundlegende Fragen zur neuen Gemeindeorganisation durch, um die Vorlage von heiklen Einzelkontroversen zu entlasten. (22)

Unter den Anregungen, eine antizipierende Konsultativabstimmung zu veranstalten, die erfolglos geblieben sind, finden wir zum ersten und einzigen Mal auch einen Fall auf Bundesebene.

- Eine Motion Breitenmoser vom 8. Juni 1970 regte eine informative Volksbefragung über die verschiedenen Möglichkeiten eines Beitritts der Schweiz zur EG und über den UNO-Beitritt an. Sie wurde im Sept. 1970 vom Nationalrat abgelehnt. In seiner Stellungnahme dazu erklärte der Bundesrat u.a., das Volk sei bei uns nicht zu unverbindlichen Meinungsäusserungen aufgerufen, die Behörden dürften ihre Verantwortung für die Politik nicht auf die Stimmbürger abwälzen, und eine Konsultativabstimmung biete keine Gewissheit über den Ausgang der endgültigen Referendumsabstimmung. (23)
- Im Dez. 1974 erstattete Prof. Hans HUBER dem Verfassungsrat des Kantons Aargau ein Gutachten über die Frage, ob dieser berechtigt oder gar verpflichtet sei, rein konsultative, sog. konsultative und/oder Volksabstimmungen mit partiell revidierender Wirkung durchzuführen. Die Unterscheidung entstammte einem Vorstoss von Verfassungsrat Stefan Treier.

(20) DERENDINGER, S. 396.

(21) Dabei handelte es sich eher um eine verbindliche Grundsatzabstimmung; vgl. hinten S. 103 Anm. 31.

(22) DERENDINGER, S. 397.

(23) Botschaft des BR über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums, BBl 1974 II 1144.

Rein konsultative Abstimmungen haben danach keinen Entscheidcharakter, sog. konsultative binden den Verfassungs-rat rechtlich (24), und bei Abstimmungen mit partiell revidierender Wirkung verabschiedet der Verfassungsrat einzelne Normen zuhanden der Volksabstimmung, so dass auch die Stimmbürger an deren Ausgang gebunden sind. Solche Abstimmungen fanden in der Folge nicht statt, sicher nicht zuletzt wegen der ablehnenden Haltung des Gutachtens. (25)

- In der zweiten Hälfte des Jahres 1978 ersuchte die Bezirkskommission Laufental die Regierungen der Kantone Basel-Land und Solothurn um die Durchführung von Konsultativabstimmungen in ihren Kantonen über den Anschluss des Laufentals. Sie hätten den Laufentalern, welche sich in einem ersten Schritt für einen Anschlusskanton entscheiden mussten, als Informationsgrundlage dienen sollen, in den angefragten Kantonen jedoch noch keine Entscheidung bedeutet. Beide Regierungen erteilten einen abschlägigen Bescheid. (26) Das Ergebnis der Abstimmung hätte in diesem Fall nicht die vorbereitenden Behörden, sondern die Stimmbürger eines andern Gemeinwesens interessiert, aber ebenfalls die Gefahr, dass die Schlussabstimmung eine Pat-Situation ergibt, verringern sollen.

bb) Finanzreferendum

- Am 15. März 1981 hiessen die Stimmberechtigten von Schöftland (AG) in einer Konsultativabstimmung eine Umfahrungsstrasse gut. Der Gemeinderat wollte vor Ausarbeitung eines Projekts ihre Meinung kennen, um sich nicht unnötig mit widerstrebenden Anwohnern und Landeigentümern herumschlagen zu müssen. (27)
- Die Gemeinde Herisau (AR) führte am 24. Sept. 1978 im normalen Verfahren der Urnenabstimmung, aber mit besonderen Stimmcouverts eine Konsultativabstimmung mit Varianten über den Standort eines neuen Oberstufenschulhauses durch, um

(24) Die ersten entsprechen also unserer Definition der Konsultativabstimmung, die zweiten der Grundsatzabstimmung (hinten S. 102 ff.).

(25) Vgl. Hans HUBER, Rechtsgutachten.

(26) NZZ vom 16. Nov. 1978 Nr. 267 S. 31; RUCH, S. 337 (für den Kt. Solothurn). 'Der Kt. Basel-Stadt wählte in der gleichen Angelegenheit den Weg der resolutiv bedingten Verfassungsrevision: RUCH, S. 338.

(27) NZZ vom 17. März 1981 Nr. 63 S. 34.

die erneute Verwerfung der an sich unbestrittenen Schulhausvorlage zu verhindern. (28)

- In der Gemeinde Urnäsch (AR) führte eine Konsultativabstimmung an einer Informationsversammlung dazu, dass das Projekt einer Helikopterbasis in der Gemeinde einstweilen nicht weiterverfolgt wurde. (29)
- In der Einwohnergemeinde Sursee (LU) konnten sich die Stimmbürger anlässlich der Urnenabstimmung vom 27. Jan. 1980 über den Erwerb einer Liegenschaft an einer Umfrage beteiligen, die verschiedene Varianten der Ueberbauung dieser Liegenschaft zur Diskussion stellte. In den Abstimmungsunterlagen erklärte der Stadtrat, er werde das Ergebnis als verbindliche Weisung behandeln, die Beschlussfassung der Stimmbürger bleibe jedoch vorbehalten. (30)
- Am 30. Juni 1974 fand in der Gemeinde Unterägeri (ZG) eine Konsultativabstimmung betreffend die Aufnahme einer Variante der geplanten Hauptverkehrsstrasse in den Strassenrichtplan der Ortsplanung statt. (31)
- Die Primarschulgemeinde Bassersdorf (ZH) führte an einer Gemeindeversammlung eine Konsultativabstimmung über eine Frage durch, welche später an der Urne zu entscheiden war. (32)

-
- (28) Aus den Abstimmungsunterlagen (Separatdrucke der Appenzeller Zeitung und des Appenzeller Tagblattes vom 5. Sept. 1978) geht nicht eindeutig hervor, ob die Behörden den Ausgang der Abstimmung als verbindlich betrachteten.
- (29) NZZ vom 19. Nov. 1980 Nr. 270 S. 35.
- (30) Vgl. die Abstimmungsunterlagen der Gemeinde vom 8. Jan. 1980. Nach mündlicher Auskunft des Stadtschreibers ersetzte die Umfrage die im Gemeinderecht nicht vorgesehene Alternativabstimmung.
- (31) Die Abstimmungsunterlagen vom 4. Juni 1974 halten fest, dass die Abstimmung "keine zwingende Wirkung" habe. Weil die Kompetenzen von Kanton und Gemeinde in dieser Angelegenheit geradezu exemplarisch verschlungen waren, war die Abstimmung gleichzeitig eine Meinungsäusserung zu Handen des Kantons.
- (32) Weil die Weisung zur Urnenabstimmung* an Stelle eines begründeten Antrags der Schulpflege das Ergebnis der Konsultativabstimmung enthielt, verlangte in der Folge die Direktion des Innern ihre Verbesserung. Eine Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie wurde vom Bundesgericht abgewiesen; vgl. BGE 103 Ia 487 ff. Dieser Fall ist insofern atypisch, als bei der konsultativen und der endgültigen Abstimmung offenbar über die identische Frage abgestimmt wurde.

- Die Gemeinde Wädenswil (ZH) veranstaltete am 13. März 1977 eine Konsultativabstimmung mit Varianten über den Standort eines Schiessplatzes. In zwei früheren Abstimmungen hatten die Stimmbürger den Kredit für die vom Bundesrecht geforderte Anlage verworfen. Weil der Bund mit Ersatzvornahme drohte, hofften die Behörden, so doch noch einen autonomen Entscheid der Stimmbürger zustandezubringen. In der Abstimmungsvorlage erklärte der Stadtrat konsequenterweise, er werde das Projekt für den Standort ausarbeiten, der in der Konsultativabstimmung obsiegen werde. (33) Die Abstimmung wurde in letzter Instanz beim Bundesgericht angefochten, u.a. mit der Begründung, sie verletze die Kompetenzen der Exekutive. Das Gericht kam zum Ergebnis, eine Konsultativabstimmung brauche an sich eine gesetzliche Grundlage, wegen der besonderen Situation sei hier darauf aber zu verzichten. (34)

c) Bedeutung

Weil eine Vorlage, die später der Volksabstimmung unterbreitet wird, nur unter Anwesenden Form annehmen kann, kann sie von der Gesamtheit der Stimmbürger höchstens in kleinen Gemeinden mit Versammlungssystem unmittelbar mitgestaltet werden. Im übrigen muss das direktdemokratische Entscheidverfahren davon ausgehen, dass die Stimmbürger ihre Beschlüsse nicht selber fabrizieren, weil sie eine grosse, heterogene und nicht ständig mit der res publica befasste Masse bilden. Deshalb überträgt im Normalfall die Verfassung oder Gemeindeordnung der Exekutive die Vorbereitung einer Vorlage, dem Parlament ihre Beratung und die endgültige Beschlussfassung (35) und den Stimmbürgern den Entscheid, ob die vorgeschlagene Neuerung oder der status quo vorzuziehen sei. Soweit eine Verfassung nicht besondere Grundsatzabstimmungen vorsieht (36), greift eine Abstimmung in der Vorbereitungsphase also in den angestammten Kompetenzbereich von Parlament und Exekutive ein. Das trifft auch für die später unter 3. und 4. zu behandelnden Abstimmungen zu. Weil sie ihre Ursache in einer anderen Problematik haben, soll die antizipierende Abstimmung hier jedoch separat behandelt werden.

(33) ZBl 80/1979 S. 261.

(34) BGE 104 Ia 226 ff.

(35) Vgl. z.B. Art. 85 Ziff. 1 u. 2 und Art. 102 Ziff. 4 BV sowie HERNEKAMP, S. 61 u. 114.

(36) Vgl. dazu hinten S. 102 ff.

Wenn das Organ, das über eine Lösung entscheidet, keinerlei Einfluss auf die Formulierung dieser Lösung und die Wahl von Alternativen hat, muss das zwangsläufig zu Spannungen führen. Es ist offensichtlich, dass die Konsultativabstimmungen dieser Gruppe Versuche sind, solche Spannungen zu mildern. (37) Das Problem ist schon lange erkannt und wird heute in jeder Arbeit mit direktdemokratischem Thema und in allen Vorarbeiten zur Revision der Volksrechte auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene erörtert. Es hat zwei Seiten:

Wenn die Bürger selbst an wichtigen Vorentscheiden nicht teilnehmen, ist die Gefahr gross, dass eine Vorlage in der Schlussabstimmung verworfen wird, weil eine Mehrheit schon mit einem Vorentscheid nicht einverstanden war oder weil aus der Opposition verschiedener Gruppen zu verschiedenen Vorentscheiden am Schluss eine Mehrheit heterogener Neinstimmen entsteht. Damit sind auch jene Teile der Vorlage verloren, welche allgemeine Zustimmung gefunden hätten, und ein u.U. beträchtlicher Aufwand an Geld und Arbeit war vergebens.

Genau diese Angst vor dem Scherbenhaufen erzeugt aber das zweite, gewichtigere Problem. Sie gefährdet die Entscheidungsfreiheit, welche Voraussetzung einer demokratischen Beschlussfassung ist. Als erster hat IMBODEN diese Gefahr klar formuliert: "Oft kann der Bürger nicht mehr Nein stimmen, weil eine nachträgliche Umstellung mit den vorhandenen Kräften innert vernünftiger Frist nicht mehr zu bewältigen ist. So wird die Tatsache, dass ein Bau geplant wurde, bereits zum gewichtigen Argument dafür, dass er auch verwirklicht werden muss. Die administrative Vorbereitungsarbeit ist nicht mehr nur Hilfe; sie erhält Eigengewicht. ... Der Zwang der Verhältnisse wird zum Zwang gegen die Freiheit der politischen Entscheidung." (38) Die Stimmbürger und die Behörden haben deshalb gleichermassen ein Interesse an antizipierenden Abstimmungen.

Weil die Chancen, dass eine Vorlage in der Schlussabstimmung angenommen wird, nur steigt, wenn der Vorentscheid die endgültige Vorlage wirklich prägt, ist es nur folgerichtig, wenn die Behörden schon vor der Abstimmung erklären, dass sie sich an ihren Ausgang halten werden. (39) Faktisch haben wir es in diesen Fällen mit verbindlichen Grundsatzabstimmungen zu tun, und

(37) Vgl. auch MUELLER/SALADIN, Problem,* S. 443. Sie gehören zu den "frei entstehenden Ausgleichsformen", die nach EICHENBERGER (Zusammenspiel, S. 109) die mit dem Referendum verbundenen Erschwernisse des schweizerischen Regierungssystems mildern.

(38) IMBODEN, S. 285.

(39) Vgl. die Fälle Sursee und Wädenswil, vorn S. 13 u. 14.

die Bezeichnung der Abstimmung als konsultativ kann nur als Ausdruck des schlechten Gewissens und als Versuch interpretiert werden, das rechtliche Erfordernis der gesetzlichen Grundlage und ihr Fehlen im konkreten Fall miteinander auszusöhnen. Interessanterweise erklärten die Behörden in diesen Fällen auch, sie seien gezwungen, eine Konsultativabstimmung zu veranstalten, weil die Möglichkeit der Alternativabstimmung im Gemeinderecht fehle. In diesem Bedürfnis nach Grundsatz- und Alternativabstimmungen kommt auch zum Ausdruck, wie realitätsfremd es ist, dass beim Verwaltungsreferendum normalerweise über eine Ausgabe abgestimmt wird, während doch in unserem wohlhabenden Staat die Sache selbst meist umstrittener ist als ihre Kosten. (40)

Hinter den gesetzlichen Grundlagen und hinter den praktischen Fällen, welche die Verbindlichkeit des Abstimmungsergebnisses offen lassen, verbergen sich verschiedene, oft vermischte Absichten. Z.T. dient die Konsultativabstimmung den Behörden als Informationsinstrument, z.T. soll sie im oben geschilderten Sinn eine Vorlage retten helfen, aber zur Wahrung der behördlichen Entscheidungsfreiheit oder der Rechtsordnung gleichzeitig unverbindlich sein. Meistens sollen alle diese Zwecke gleichzeitig erfüllt werden und herrscht deshalb Unklarheit über die Bedeutung der Abstimmung.

d) Verwandte Erscheinungen

Die Schilderung der Praktiken, welche in anderer Form die gleichen Zwecke verfolgen, macht deutlich, dass wir mit der Konsultativabstimmung in tatsächlicher Hinsicht willkürlich eine Form herausgreifen.

Die Grundsatzabstimmung ist das rechtlich verankerte Pendant zur Konsultativabstimmung, das sich zunehmender Beliebtheit erfreut. (41) Als Beispiel sei die sogar als konsultativ bezeichnete Abstimmung vom 8. Dez. 1974 in Beckenried (NW) genannt, welche sich auf Art. 71 und 72 des GG stützte (42) und vier Varianten eines Mehrzweckgebäudes zur Diskussion stellte.

Führen die Behörden mittels Geschäftsantwortkarten oder Fragebogen bei den Stimmberechtigten eine Umfrage durch, haben wir bereits eine Form amtlicher Meinungsforschung vor uns. Sie hat ein

(40) Vgl. auch MUELLER/SALADIN, Problem, S. 417. In der Ursache treffen sich hier die antizipierenden Abstimmungen mit jenen im Kompetenzbereich der Exekutive.

(41) Vgl. die Rechtsnormen, hinten S. 103 f.

(42) Art. 72 erklärt, dass das Ergebnis den administrativen Rat bindet.

besonderes Zielpublikum und unterscheidet sich von der Konsultativabstimmung nur durch das Verfahren. (43)

Neben dem Einbezug möglichst aller Stimmberechtigten in die Vorarbeiten verbessern auch jene Formen die Chancen einer Vorlage, welche nur einzelnen Gruppen von besonders betroffenen oder interessierten Bürgern einen Einfluss auf die Gestaltung der Vorlage sichern, so z.B. die Vernehmlassung, die offene Planung (44) oder die Petition.

3. Abstimmungen in Materien, welche in die Zuständigkeit der Exekutive fallen (45)

Im Gegensatz zur zuerst behandelten Gruppe geht es in diesem Abschnitt um Abstimmungen in Materien, für welche die Stimmbürger überhaupt nicht zuständig sind, weil die Verfassung oder die Gemeindeordnung die entsprechende Kompetenz der Exekutive zur abschliessenden Behandlung übertragen hat. Weil wir die Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich eines übergeordneten Gemeinwesens als besondere Kategorie behandeln werden, ist dabei prinzipiell die Exekutive des Gemeinwesens gemeint, in welchem die Konsultativabstimmung stattfindet.

a) Rechtsnormen

Bei den vorne (46) genannten Normen von Appenzell AR, Thun und Olten lässt sich auf Grund von Wortlaut, Stellung im Erlass und

-
- (43) Z.B. führte die Gemeinde Engelberg (OW) im Juli 1977 und im Okt. 1978 in dieser Form zwei Umfragen über den Standort eines Altersheims und den Standort und das Raumprogramm eines Sportzentrums durch, wobei je zwei bis drei Varianten zur Diskussion standen und in den Unterlagen zu Händen der Stimmbürger die Ablehnung weiterer Varianten begründet wurde (Schriftliche Mitteilung der Gemeindebehörden). Vgl. als weiteres Beispiel die Umfragen in Stäfa (ZH) über die Verwendung der Liegenschaft "Sunneschy" und grundsätzliche Fragen der Ortsplanung und -entwicklung; NZZ vom 4. Okt. 1980 Nr. 231 S. 52.
 - (44) Das Verfahren der offenen Planung wählte man z.B. für die Neugestaltung des Tramdepots Tiefenbrunnen in der Stadt Zürich; NZZ vom 26. April 1981 Nr. 95 S. 49.
 - (45) Nach MUELLER/SALADIN (Problem, S. 419) sind alle Abstimmungen, die nicht antizipierend sind, "prinzipale Konsultativabstimmungen". Ich übernehme den Begriff nicht, weil er zu verschiedene Phänomene umspannt.
 - (46) S. 8 u. 9.

Entstehungsgeschichte nicht feststellen, ob sie nicht auch Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich der Exekutive decken. In Olten würden die Abstimmungen allerdings vom Parlament angeordnet, was gegen eine solche Auslegung spricht. Wir werden später in dieser Arbeit zum Ergebnis kommen, dass die Auslegung für alle drei Normen abzulehnen ist. (47)

Der einzige Versuch, eine gesetzliche Grundlage für Konsultativabstimmungen zu schaffen, die eine ganz bestimmte Materie im Kompetenzbereich der Exekutive zum Gegenstand hätte haben sollen, scheiterte daran, dass der Eingriff in diese Kompetenz als Verletzung derselben gewertet wurde:

- Ein Postulat Aegeter vom 3. Nov. 1977 und eine Motion Schär vom 19. Jan. 1978 im Berner Stadtparlament verlangten im Hinblick auf einen in Bern aktuellen Fall, dass Ausführungsprojekte zu städtischen Nationalstrassen und Pläne von städtischen Nationalstrassenzubringern der konsultativen Volksabstimmung zu unterstellen seien. In einem Gutachten kamen Peter SALADIN und Jörg Paul MUELLER zum Schluss, dass zwar gemäss dem Recht des Bundes und des Kantons die Stadt Bern für die Projektierung städtischer Nationalstrassen zuständig sei (48), dass das kantonale Strassengesetz die Kompetenz dafür aber unter bewusstem Ausschluss der Stimmbürger der Exekutive übertragen habe, weshalb auch eine Konsultativabstimmung nicht zulässig sei. (49) Der Stadtrat lehnte die Motion Schär am 26. März 1981 ab. (50)

b) Praxis

Keine der folgenden Abstimmungen stützt sich auf eine gesetzliche Grundlage.

- Vor dem Entscheid über das Baubewilligungsgesuch für das Atomkraftwerk führte der Gemeinderat von Kaiseraugst (AG) eine Konsultativabstimmung in der Einwohnergemeindeversammlung durch. Sie lehnte das Projekt deutlich ab, und der Gemeinderat verweigerte in der Folge die Baubewilligung

(47) Vgl. hinten S. 130 f.

(48) Nicht aber für die Frage, ob die Strasse gebaut werden solle. Unter diesem Aspekt wäre die Abstimmung bei der später unter 5. behandelten Gruppe einzureihen.

(49) MUELLER/SALADIN, Zulässigkeit, S. 21 ff., S. 28 ff.

(50) Sitzungsprotokoll Nr. 8, Sitzung vom 26. März 1981, S. 262.

"nach gründlicher Erwägung der politischen Situation im Dorf". Auf Beschwerde hin stellte das Aargauer Verwaltungsgericht fest, dass der Gemeinderat bei der Beurteilung des Gesuches an das Baupolizeirecht gebunden sei und auch innerhalb des Ermessensspielraums nicht auf die ablehnende Mehrheit der Gemeindeversammlung abstellen dürfe. (51)

- Am 3./4. März 1973 fand in der Gemeinde Herisau (AR) im normalen Verfahren der Urnenabstimmung, aber mit besonderen Stimmcouverts eine Konsultativabstimmung über die Einführung eines wöchentlichen Abendverkaufes statt. Nach der einschlägigen Gemeindeverordnung war für den Entscheid die Exekutive zuständig. Zur Begründung der Konsultativabstimmung erklärte sie in der Abstimmungsunterlage, auch die Meinung der Konsumenten sei in dieser Frage von Bedeutung, sie betrachte das Abstimmungsergebnis aber nicht als verbindlich. (52)
- Ausgelöst durch eine Gemeindeinitiative, nahm die Gemeindeversammlung von Kerzers (FR) am 16. Okt. 1980 eine Resolution an, mit welcher sie den Gemeinderat beauftragte, das Gesuch einer zur Schmidheiny-Gruppe gehörenden Firma für ein gewaltiges Kiesausbeutungsprojekt in der vorliegenden Form abzulehnen. Die Resolution verlangte ferner, dass auch ein geändertes Projekt wieder der Gemeindeversammlung unterbreitet werde. Am Anfang der Versammlung hatte der Gemeindeammann darauf hingewiesen, dass wegen der Zuständigkeit des Gemeinderates keine verbindlichen Beschlüsse gefasst werden könnten. (53)
- Am 25. April 1981 fand in der kleinen Gemeinde Schwarzenberg (LU) eine Konsultativabstimmung über die Ueberbauung eines Grundstückes mit Ferienhäusern statt. Zuständig für die Erteilung der Baubewilligung war der Gemeinderat. (54)
- Im Mai 1976 hatten die Stimmbürger von Engelberg (OW) dem Abschluss eines Kaufrechtsvertrags über eine Landparzelle mit dem Kloster Engelberg zugestimmt. Im Feb. 1977 verwarfen sie die Auszonung des gleichen Grundstücks aus der Landwirtschaftszone. Der Gemeinderat war deshalb unsicher, ob er das nach Vertrag befristete Kaufrecht ausüben solle. An der Gemeindeversammlung vom 13. Mai 1977

(51) ZBl 74/1973 S. 400 u. 412 f.

(52) Vgl. die Abstimmungsunterlagen der Gemeinde vom 9. Jan. 1973

(53) NZZ vom 15. Juli 1980 Nr. 162 S. 24 und Protokoll der Gemeindeversammlung, Ziff. 6.

(54) Tages-Anzeiger vom 27. April 1981 S. 6.

befürworteten die Stimmbürger in einer Konsultativabstimmung, die auf Anregung aus der Versammlung durchgeführt wurde, den Kauf. (55)

- An der Bezirksgemeindeversammlung vom 21. Nov. 1980 in Einsiedeln (SZ) fanden zwei Konsultativabstimmungen über ganz konkrete Einzelfragen im Zusammenhang mit dem Landerwerbsverfahren für eine Strassenverbreiterung statt. Weil offenbar grössere Kreise der Bevölkerung unter dem Eindruck standen, der Bezirksrat habe eines seiner Mitglieder bei diesem Verfahren bevorzugt behandelt, wurden die Abstimmungen von der Versammlung erzwungen, obwohl der Bezirksrat schon vor und während derselben daran festhielt, dass es sich beim Landerwerb um einen reinen Vollzugsakt handle, für den er allein zuständig sei, und dass die Abstimmungen, wenn überhaupt, an der Urne stattzufinden hätten. Eine Woche später erhob er selbst Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons und verlangte, die Abstimmungen seien aufzuheben bzw. es sei festzustellen, dass sie nicht verbindlich seien. Das Gericht stellte zunächst fest, dass die Einreichung der Beschwerde durch das Organ, das die Abstimmungen durchgeführt hatte, nicht rechtsmissbräuchlich sei, weil der Bezirksrat gegen seinen Protest von einer tumultuösen Versammlung dazu gezwungen worden sei. Sodann hob es die Abstimmungsbeschlüsse als nichtig auf, weil sie faktisch eine Kompetenzverschiebung darstellten, die unzulässig sei, und weil sie überdies an erheblichen formellen Mängeln litten, da die Vorschriften über das Verfahren bei Volksabstimmungen nicht eingehalten worden seien. (56)
- In der Gemeinde Oberiberg (SZ) verlangten am 26. Jan. 1974 vierzig Stimmbürger die Einberufung einer Gemeindeversammlung, bei welcher der Gemeinderat durch eine Abstimmung in einer umstrittenen "Skiliftangelegenheit" unterstützt werden sollte, welche in seine Zuständigkeit fiel und die er bereits entschieden hatte. Auf Anfrage hin erklärte der Regierungsrat als Aufsichtsorgan die Gemeindeversammlung für zulässig, weil ihr als dem obersten Organ eine Stellungnahme nicht verweigert werden dürfe, und ordnete die Einberufung selber an. (57)

(55) Protokoll der Gemeindeversammlung, S. 85.

(56) VGE 585/80 S. 20 ff.

(57) Regierungsratsbericht Nr. 304 vom 4. Feb. 1974. Der Entscheid wird vom Verwaltungsgericht (VGE 585/80 S. 20) kritisiert.

Die folgende Abstimmung fand nicht statt, weil ihre Anordnung erfolgreich angefochten wurde:

- Am 6. Sept. 1968 setzte der Gemeinderat einer Luzerner Gemeinde eine "Informatorische Abstimmung über den Bauprichtplan über das Grundstück Nr. 60 Stöcklen ..." an, um festzustellen, ob das Baureglement so geändert werden soll, dass eine (seiner Ansicht nach jetzt unzulässige) Ueberbauung möglich werde. Der Eigentümer des Grundstücks verlangte daraufhin vom Regierungsrat, das Traktandum sei zu streichen. Dieser hiess die Beschwerde gut, weil die Abstimmung die im Baureglement der Gemeinde festgehaltene Zuständigkeit der Exekutive verletze. (58)

In einem späteren Abschnitt werden wir uns mit Abstimmungen befassen, die konsultativ sind, weil nicht das gleiche, sondern ein übergeordnetes Gemeinwesen den Entscheid fällt. Sofern nun die Rechtsordnung des nicht entscheidenden, kleineren Gemeinwesens die Abfassung einer Stellungnahme zu Händen des grösseren der Exekutive überträgt, greift eine Konsultativabstimmung über die Stellungnahme auch in den Aufgabenbereich dieser Exekutive ein und gehört somit gleichzeitig zur hier behandelten Gruppe. Diese Konstellation dürfte bei praktisch allen Abstimmungen der letzten Gruppe vorliegen, weil die Uebertragung der Beziehungen zur übergeordneten Körperschaft an die Exekutive der Normalfall ist. Ausdrücklich erwähnt wird der Eingriff in den Fällen der (nicht stattgefundenen) Abstimmungen über die N 8 im Kanton Obwalden (59) und den N 1-Anschluss Splügenplatz in der Stadt St. Gallen (60) sowie im Fall Rothenthurm. (61)

(58) ZBl 70/1969 S. 434 ff.

(59) Die entsprechende Gesetzesinitiative wurde u.a. für verfassungswidrig erklärt, weil sie die auswärtige Zuständigkeit der Regierung verletze; vgl. hinten S. 38.

(60) Hinten S. 47. SCHORER weist in seinem Gutachten (S. 7) auf die Zuständigkeit der Exekutive hin.

(61) Hinten S. 45. Nach Auffassung der Schwyzer Regierung waren die Stimmbürger für die Angelegenheit gar nicht zuständig. Sie sah von einer Aufhebung des Entscheids ab, weil auch eine Interpretation möglich sei, nach der die dem Gemeinderat übertragenen Befugnisse davon nicht betroffen seien; NZZ vom 23. Mai 1980 Nr. 118 S. 33.

c) Bedeutungaa) Die Motive

Alle genannten Abstimmungen setzen das der direktdemokratischen Beschlussfassung eigene Verfahren in Bereichen ein, für die die Stimmbürger nicht zuständig sind. Das Motiv dafür ist aber nicht bei allen das gleiche.

Viele Abstimmungen sollen offensichtlich die direkte Demokratie in ihrer umfassenden Bedeutung als Selbstbestimmung und Legitimität garantierenden Entscheidungsmechanismus verwirklichen. Sie bilden eine eigentliche Gruppe, die näher zu betrachten sich lohnt. Dieses Motiv ist meistens nur vage erkannt oder ausgesprochen und steht in einem gewissen Widerspruch zur Bezeichnung der Abstimmung als konsultativ. Zu dieser Gruppe gehören die Fälle Stadt Bern, Kaiseraugst, Kerzers, Schwarzenberg und alle Abstimmungen über Stellungnahmen zu Handen eines übergeordneten Gemeinwesens.

Bei den übrigen Fällen ist dieses Motiv durch ein anderes überlagert oder ersetzt. Im Fall Herisau diente die Abstimmung der Information der Behörden, weil die Wünsche der Konsumenten ein sachliches Entscheidungskriterium waren. (62) Im Fall Einsiedeln versuchten die Stimmbürger unmittelbare Verwaltungskontrolle auszuüben und machten sich damit eine Funktion des Referendums zu Nutzen, die bei den übrigen Abstimmungen dieser Gruppe keine Rolle spielte. (63) Die Abstimmung in der Luzerner Gemeinde ist am besten als verfahrenstechnischer Unfall zu charakterisieren: In kleinen Gemeinden kommt es häufig vor, dass die Bauordnung geändert wird, um ein ganz konkretes Bauvorhaben zu ermöglichen, und die Konsultativabstimmung sollte den Entscheid darüber vorverlagern. Sie weist deshalb auch Züge einer antizipierenden Abstimmung auf. In Engelberg ging es um die klärende Bestätigung eines früheren Volksentscheides. In Oberiberg schliesslich diente die Abstimmung der Bekräftigung eines bereits gefällten Entscheides. (63a)

(62) Vgl. aber die Kritik hinten S. 63.

(63) Zur Kontrollfunktion vgl. hinten S. 123.

(63a) Zum plebiszitären Charakter dieser Abstimmung vgl. hinten S. 142 Anm. 30..

bb) Die politische Kontrolle von Verwaltungsakten im geltenden Recht und ihre Problematik

Im Bund, in den Kantonen und in den Gemeinden mit Parlament teilen sich drei Organe in die Staatsgeschäfte: Parlament, Exekutive und Stimmbürger. Vernachlässigt man die (praktisch bedeutsamen) Unterschiede zwischen den verschiedenen Kantonen und Gemeinden, so ergibt sich für die Verteilung der Kompetenzen unter diesen Organen etwa folgendes Bild:

Im Bund und in den Kantonen hat das Parlament neben untergeordneten Befugnissen wie Amnestie und Begnadigung oder Verleihung des Kantonsbürgerrechts die Aufgabe, die Regierung und Verwaltung zu kontrollieren, z.B. durch Wahlen, Abnahme von Rechenschaftsberichten und Budget, Ueberprüfung von Entscheiden als Rechtsmittelinstanz und Festlegung von Gehältern. (64) Seine eigene und ursprüngliche Funktion ist jedoch der Erlass von Rechtssätzen und die Bewilligung von Ausgaben in einer bestimmten Höhe. Abgesehen von letzteren fällt es nur vereinzelt Entscheide konkreter Natur. (65) So bestimmt es z.B. im Bund über die allgemeine Linienführung der Nationalstrassen, genehmigt die vom Bundesrat erteilten Rahmenbewilligungen für Atomkraftwerke und entscheidet über die Erteilung von Eisenbahnkonzessionen. (66) In den Kantonen finden sich einzelne Bestimmungen, nach welchen das Parlament für die Erteilung von Wasserkraft- oder Bergwerkskonzessionen zuständig ist. (67) Abgesehen davon sind Entscheide konkreter Natur aber typische Verwaltungshandlungen und gehören zu den Kompetenzen der Exekutive. Ihr kommt nach den Verfassungen neben anderen Aufgaben in erster Linie der Vollzug der von Parlament und Volk erlassenen Rechtssätze zu. (68)

Zur Zeit ihrer Entstehung harmonisierte die skizzierte Kompetenzausscheidung mit dem Bild, das man sich von den Staatsorganen, ihrer Bedeutung und ihren Beziehungen zueinander machte. Im Zentrum des staatlichen Machtgefüges stand das Parlament, das vor der demokratischen Bewegung allein den Volkswillen repräsentierte. Als am meisten legitimierte Organ hielt es mit der Gesetzgebungskompetenz das entscheidende Instrument der Staatsführung

(64) Vgl. Art. 85 BV sowie HERNEKAMP, S. 114.

(65) Die Unterscheidung von generell-abstrakten und individuell-konkreten Normen ist fragwürdig geworden (vgl. hinten S. 28 f.), bildet aber noch immer die Basis der geltenden Kompetenzordnungen.

(66) KOELZ, Ausbau, S. 57 und 61.

(67) Zu den einzelnen Bestimmungen vgl. KOELZ, Ausbau, S. 61. Dazu kommt neuerdings die Beschlussfassung über Vernehmlassungen zu Händen des Bundes, soweit sie der Volksabstimmung untersteht; vgl. hinten S. 36 ff.

(68) Vgl. HERNEKAMP, S. 116 u. 185.

in den Händen. (69) Im Gesetzgebungsstaat ist die Regierung als Organ gedacht, das fremden Willen ausführt. (70) Der Vorrang des Parlaments kommt auch in den Institutionen der Oberaufsicht und in seinen Finanzkompetenzen zum Ausdruck. (71) Da sich die demokratische Bewegung zum Ziel gesetzt hatte, das Volk als Ursprung der staatlichen Macht mit den Volksrechten auch tatsächlich zum obersten Entscheidungsträger zu machen, war es in dieser Situation selbstverständlich, dass man dem Parlament den Boden streitig machte. Die Auseinandersetzung zwischen den Anhängern der alten und der neuen Form von Demokratie drehte sich darum, wieviel Macht das Parlament dem Volk abtreten oder mit ihm teilen müsse (72), hingegen war völlig unbestritten, auf welchen Befugnissen diese Macht beruhte: Mit der Einführung des Gesetzes- und des Finanzreferendums wurden die damals politisch bedeutsamen staatlichen Entscheide der Volksabstimmung unterstellt. (73) Die Forderung, in der direkten Demokratie müssten den Stimmbürgern die grundlegenden, die staatsgestaltenden Entscheidungen zufallen (74), entspricht deshalb nicht nur dem gegenwärtigen, sondern auch dem historischen Sinn dieser Staatsform.

Dass das Parlament seine Vorrangstellung im Lauf der letzten hundert Jahre verloren hat, ist bekannt und wird in der Literatur durchwegs etwa folgendermassen erklärt:

Die technische und wirtschaftliche Entwicklung hat zur Komplizierung des Lebens und zur Interdependenz aller Lebensbereiche geführt, die materielle Lage der Bürger verbessert und die Ansprüche heraufgeschraubt. Dadurch sind dem Staat unzählige neue und komplexe Aufgaben erwachsen: Er ist Verteiler von Sozialleistungen, Industrieller und Unternehmer, Aufseher und Lenker der Wirtschaft, kurz, Leistungs- und Sozialstaat (75), ganz abgesehen davon, dass die klassische Aufgabe der Polizei wegen der Gefahren, welche die Technik heraufbeschwört, eine früher unvorstellbare Bedeutung erhalten hat. Das Parlament ist diesen Aufgaben

(69) EICHENBERGER, Einleitung, S. 7.

(70) GASSER, S. 20

(71) Zum ganzen Komplex vgl. GASSER, S. 19 ff.

(72) Vgl. dazu die äusserst anschauliche Beschreibung der Auseinandersetzungen im Kanton Zürich bei GASSER, S. 124.

(73) KOELZ, Ausbau, S. 54. Allerdings gab es auch damals schon Versuche, die referendumspflichtigen Erlasse umfassender zu umschreiben; vgl. für den Kanton Solothurn DERS., Reform, S. 41 ff.

(74) Vgl. z.B. KAEGI, S. 125; IMBODEN, S. 289 ff.; GASSER, S. 79; SCHAUMANN, S. 313 ff.; SALADIN, S. 300.

(75) Vgl. etwa EICHENBERGER, Entwicklungstendenzen, S. 80 ff.; JAGMETTI, S. 233; Hans HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum sechzigsten Geburtstag von Zaccaria Giacometti, S. 75; Sachkommission 4 AG, S. 56.

nicht gewachsen. Sie erfordern rasche Entscheidungen, also kleine, strukturierbare Gremien, sehr viel Personal und sehr viel Sachwissen. Alle diese Voraussetzungen sind bei der Exekutive erfüllt; sie übernimmt die Aufgaben und gewinnt dadurch den vielbeklagten Machtvorsprung. (76) In der Form von Verwaltungsakten werden heute Entscheide gefällt, welche das Leben des Einzelnen und das Schicksal des Staatswesens mindestens so nachhaltig und viel unmittelbarer formen, als die meisten Gesetze. Es sind dies die Bewilligungen oder Konzessionen, mit welchen der Staat dem Empfänger erlaubt, Parkhäuser, Einkaufszentren, Flugplätze, Atom- oder Wasserkraftwerke zu bauen, oder der Entscheid eines Gemeinwesens, selbst ein grosses Werk zu errichten. (77) Funktionell machen dem Gesetz Pläne und Planung den Rang streitig (78); und soweit heute folgenreiche Gesetze verabschiedet werden, erhalten sie ihr Gepräge nicht während der parlamentarischen Verhandlungen, sondern während der Vorbereitung durch die Verwaltung und im Vernehmlassungsverfahren oder erst nachträglich bei der Konkretisierung durch die bundesrätliche Verordnung. (79)

Die Verschiebung der Staatslenkung auf die Exekutive wirkt sich wegen der engen Beziehung zwischen Parlament und Volk für das letztere doppelt aus. Es verliert die Macht nicht nur in seinen Repräsentanten, sondern auch unmittelbar, weil sich die Volksrechte nur auf Beschlüsse des Parlaments beziehen, diese jedoch nicht mehr mit den staatspolitischen Grundentscheiden identisch sind. Als Ergebnis dieser Entwicklung fehlt den Stimmbürgern insbesondere der Einfluss auf grosse, immissionsreiche Werke, wenn sie von Privaten betrieben werden oder vom Staat auf dem Umweg über die Beteiligung an einer Gesellschaft des Privatrechts, weil die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen nicht dem Referendum untersteht. (80) Betreibt der Staat selbst ein Werk, so kommt es zur Volksabstimmung nur im Rahmen des Finanzreferendums. Im Bund fehlt auch dieses.

(76) Vgl. KOELZ, Ausbau, S. 54 f., und für die Gemeinden SCHAFFHAUSER, S. 314.

(77) KOELZ, a.a.O., S. 57, der dafür den Ausdruck "Grossverwaltungsakte" gebraucht; SCHAUMANN, S. 321; SALADIN, S. 300.

(78) EICHENBERGER, Einleitung, S. 15 ff.; SCHAUMANN, S. 319; besonders anschaulich: Sachkommission 4 AG, S. 56 ff.

(79) Vgl. hinten S. 109 sowie KOELZ, Ausbau, S. 55 Anm. 10. Zur ganzen Entwicklung vgl. auch Kurt EICHENBERGER, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, SJZ 61/1965 S. 286 ff. sowie ZIMPEL, S. 103 ff.

(80) Vgl. KOELZ, Ausbau, S. 57.

Bei der Skizzierung der Kompetenzverteilung in den Gemein-
treffen wir auf eine gegenläufige Entwicklung. (81) Wenigstens in
der deutschen Schweiz findet sich noch das Urbild der Gemeinde-
versammlung, die eine fast universelle Zuständigkeit hat (82) und
die Exekutive nur schon durch die sichtbare Anwesenheit des Vol-
kes stärker in die Rolle eines ausführenden Organs drängt. Hier
können in Verwirklichung des genossenschaftlichen Gedankens weite
Bereiche der Verwaltung in die Zuständigkeit der Stimmbürger fal-
len. (83) Weil die Staatsaufgaben aber auch auf Gemeindeebene
umfangreicher und komplizierter werden, gehen immer mehr Gemein-
den – in Uebereinstimmung mit den entsprechend revidierten kanto-
nalen Gesetzen – zur Organisationsform mit Parlament oder minde-
stens zum Urnensystem über. Dadurch erfährt der direktdemokrati-
sche Anteil am Willensbildungsprozess zwar Einschränkungen, ist
aber gerade im Bereich der Verwaltung immer noch umfassender
als auf Kantons- und Bundesebene.

Ich möchte im nächsten Abschnitt zeigen, dass viele Konsul-
tativabstimmungen als Produkt des Legitimitätsdefizits bei wichti-
gen Akten der Verwaltung verstanden werden können. Zunächst
drängt sich aber die Frage auf, weshalb denn das Problem nicht
schon längst durch die Revision der Zuständigkeitsordnungen aus
dem Weg geräumt sei. Abgesehen davon, dass sich das Recht eines
Problems immer mit grosser Verzögerung annimmt, möchte ich dafür
drei Gründe rechtlicher Natur nennen. (85)

Die einfache Lösung, wichtige Akte der Verwaltung direkt der
Volksabstimmung zu unterstellen, ruft einem staatsrechtlichen Unbe-
hagen und ist nirgends verwirklicht. (86) Denn trotz der Macht-
verschiebung vom Parlament auf die Exekutive gilt das Parlament

(81) Weil die Formen der Gemeindeorganisation so vielgestaltig
sind, ist hier die Vereinfachung noch viel gröber als bei
den Kantonen. Für Einzelheiten vgl. z.B. SCHAFFHAUSER und
HERNEKAMP, S. 55 ff.

(82) Vgl. HERNEKAMP, S. 58 ff.

(83) Vgl. hinten S. 107.

(84) HERNEKAMP, S. 59 f. u. 80 f.

(85) Mindestens so interessant wäre die Untersuchung der Frage,
aus welchen politischen Kreisen die Argumente für und gegen
die Neuordnung der Zuständigkeit in einzelnen Materien oder
gesamthaft stammen, d.h., wer von einer Verschiebung zu
profitieren hofft oder zu verlieren fürchtet. Weil dies keine
politologische Arbeit ist, unterbleibt sie. Das ist keine Garan-
tie dafür, dass diese Arbeit nicht selbst – neben anderem –
auch ein Argument in einer solchen Auseinandersetzung sei.

(86) Vgl. als einzige Ausnahme NW, Art. 53 Abs. 1 KV.

weiterhin als dieser hierarchisch übergeordnet. Seine Vorrangstellung beruht nicht auf der Tatsache, dass es vom Volk gewählt wird, sondern auf der Bedeutung dieser Wahl. Viele Gemeinwesen kennen nämlich auch die Volkswahl der Regierung. (87) Sie ist ein Produkt der demokratischen Bewegung (88) und hat der Exekutive zu grösserer Unabhängigkeit verholfen. Im Parlament hingegen wählt das Volk seine Repräsentanten, welche berufen sind, an seiner Stelle den staatlichen Willen zu bilden. (89) Würden nun einzelne Akte der Verwaltung vom Volk direkt sanktioniert, so wären sie dadurch einem parlamentarischen Erlass mindestens ebenbürtig, und die Hierarchie der Normen und damit der sie erlassenden Organe käme auf beunruhigende Weise ins Wanken. Im politischen Bewusstsein bedeutet das Referendum nicht einfach eine isolierte Befugnis des Volkes, sondern ein Verbindungselement zwischen Repräsentanten und Repräsentierten, indem diese gleichsam eine an jene übertragene Kompetenz wieder zurücknehmen. (90) Die Regierung erhalte deshalb über das Referendum die Aura eines Repräsentativorgans.

Aus diesen Gründen kommt eine Kontrolle von Verwaltungsakten durch die Stimmbürger nur in Frage, wenn der Entscheid vom Parlament ausgeht, was bedeutet, dass ihm entgegen der traditionellen Verteilung mehr Verwaltungsentscheide übertragen werden müssen. Dieser Forderung wird immer wieder entgegengehalten, sie verletze das Gewaltenteilungsprinzip. (91) Der Einwand ist umso erstaunlicher als Volk und Parlament schon nach den geltenden – und hoffentlich gewaltenteiligen – Rechtsordnungen über Verwaltungsakte beschliessen, vorab im Rahmen des Finanzreferendums. (92) Die Hartnäckigkeit, mit der er auftritt, wird verständlich, wenn man aus ihm die Verknüpfung der Funktionenlehre mit dem

(87) So alle Kantone: HERNEKAMP, S. 117.

(88) KOELZ, Ausbau, S. 54.

(89) GASSER, S. 20, S. 92.

(90) A.a.O., S. 96 ff., S. 151.

(91) Vgl. z.B. die Stellungnahme des RR zum Gegenvorschlag der vorberatenden Kommission des Zürcher Kantonsrats zur Atominitiative, ABl 1979 S. 1226 f., und den Artikel von VON SCHULTHESS sowie die bei KOELZ (Ausbau, S. 62) zitierte Stellungnahme des BR zum Referendum bei der Verleihung von Wasserrechtskonzessionen. Vgl. auch RHINOW, S. 196.

(92) Vgl. hinten S. 106 sowie KOELZ, Ausbau, S. 62. Ob die Schöpfer dieser Normen, wie KOELZ annimmt, das demokratische Prinzip der Gewaltenteilung überordnen wollten, oder ob sie erkannten, dass sie diese gar nicht gefährden, sei offen gelassen.

Gewaltenteilungsprinzip heraushört, wie sie am deutlichsten von EICHENBERGER erkannt wurde (93):

Der Staat bedient sich, um die verschiedenen, ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen, verschiedener Techniken. Zahl und Art dieser Staatsfunktionen sind nicht logisch vorgegeben, sondern eine Frage der Zweckmäßigkeit. Sie können theoretisch alle dem gleichen Organ zufallen, werde aber, wieder um der Zweckmäßigkeit willen, normalerweise von verschiedenen, spezialisierten Organen wahrgenommen. Hinter dem Gewaltenteilungsprinzip hingegen steht die politische Forderung, dass die staatliche Macht auf verschiedene, sich gegenseitig kontrollierende Organe zu verteilen sei, damit die Konzentration der Macht zum Schutz der Freiheit des Einzelnen verhindert werde. Welche Funktionen die einzelnen Organe haben, ist unter diesem Gesichtspunkt zweitrangig. Trotzdem bleibt die Aufgabe, die Trennung nach möglichst einleuchtenden Kriterien vorzunehmen, wofür sich die Staatsfunktionen anbieten. Sind die beiden Muster einmal in einer bestimmten Weise zur Deckung gebracht, so gelten sie schon bald als logisch miteinander verknüpft oder als identisch. (94)

Neben der Verknüpfung der herkömmlichen Staatsfunktionen mit dem Gewaltenteilungsprinzip hemmt noch ein dritter Grund die neue Verteilung der Kompetenzen auf die Staatsorgane. Es ist die Schwierigkeit, für die Verfassung eine abstrakte, aber präzise Umschreibung der Staatsfunktionen zu finden, welche die Zuständigkeit der Organe gegeneinander abgrenzt.

Der Begriff "Gesetz" beschreibt nach herkömmlicher Auffassung einen inhaltlich bedeutsamen, für die Dauer bestimmten, das Wesen des Staates prägenden Erlass. (95) Die Definition des Gesetzes als generell-abstrakter Erlass schien die nötigen formellen Merkmale zu liefern, welche es erlaubten, wichtige und unwichtige Erlasse voneinander zu trennen, ohne dass man sich auf die ge-

(93) Vgl. Einleitung, S. 10 ff. Die folgende Darstellung stützt sich auf die konzise Wiedergabe bei Georg MUELLER, S. 14. Vgl. auch die bei KOELZ (Ausbau, S. 62 Anm. 59) zitierten Werke, welche sich allgemeiner gegen eine Dogmatisierung der Gewaltenteilung wenden, sowie SALADIN, S. 301.

(94) Die Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung wird, obwohl unklar, noch in vielen andern Rechtsgebieten in den Dienst der Verwirklichung eines an sich anerkannten Prinzips gestellt; vgl. RHINOW, S. 207 ff. In allen diesen Gebieten hemmt die Angst, mit der Unterscheidung sei auch das Prinzip verloren, die Entwicklung; vgl. dazu die berechnete Forderung JAGMETTIS (S. 231), das rechtsstaatliche Entscheidungsverfahren müsse, unabhängig vom Inhalt auf den einzelnen Stufen, weiterhin zweistufig sein.

(95) Vgl. vorn S. 23 f. und RHINOW, S. 202 ff.

fährliche inhaltliche Bewertung einlassen musste. (96) Dieser Definitionsversuch ist schon in den Ansätzen fragwürdig; seine Mängel wirken sich mit der Verwandlung des Liberalstaates in einen Leistungsstaat jedoch immer stärker aus. Dass sich z.B. die heute so bedeutsame Raumplanung im Gegensatzpaar Rechtssetzung – Rechtsanwendung nicht einordnen lässt, ist nur ein kleiner Ausschnitt aus der Problematik. (97) In der Lehre findet deshalb gegenwärtig eine intensive Auseinandersetzung um ein neues Verständnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung statt. (98) Ob es möglich ist, Kriterien zur Abgrenzung der wichtigen von den unwichtigen Erlassen zu finden, ist umstritten. (99) Die Vorschläge, die vorliegen, können dazu führen, dass der Gesetzesbegriff mit der Zeit flexibler gehandhabt wird (100); sie lassen sich jedoch nicht direkt für die Umschreibung der referendumpflichtigen Erlasse in der Verfassung verwenden. Die Praxis operiert weiterhin mit dem generell-abstrakten Gesetz und hat für die Ausdehnung der Zuständigkeit von Parlament und Stimmbürgern vorläufig keine andere Möglichkeit, als die einzelnen Verwaltungsakte möglichst genau zu umschreiben und in der Verfassung aneinanderzureihen.

cc) Die Konsultativabstimmung als Ersatz für das fehlende Verwaltungsreferendum

Die Forderung, die Materien, über welche Parlament und Volk entscheiden, seien neu und überzeugender zu umschreiben, wird immer wieder erhoben, von der Wissenschaft (101) und in der politischen Praxis. (102) Im politischen Alltag gibt es erstaunlich viele

(96) RHINOW, S. 206 f. Ein überzeugenderes, aber nur beschränkt anwendbares formelles Abgrenzungskriterium bilden z.B. Zahlen, so beim Finanzreferendum die Höhe der Ausgabe und beim Referendum über Wasserkraftkonzessionen die Leistung oder die Sekundenliter.

(97) Vgl. HALLER, Raumplanung, S. 173 f.; MOOR, S. 174.

(98) Vgl. v.a. die bereits zitierten Werke von Georg MUELLER und RHINOW, auf die Kurt EICHENBERGER einen grossen Einfluss hatte.

(99) RHINOW, S. 206. Vgl. auch SCHAFFHAUSER, S. 186 ff.

(100) Vgl. Georg MUELLER, S. 110 ff.

(101) Vgl. IMBODEN, Malaise, S. 292; KOELZ, Ausbau; vgl. auch EICHENBERGER (Zusammenspiel, S. 106, Anm. 19), der von "verzerrenden Zufälligkeiten" spricht, welche durch die Normierung der Referendumsvoraussetzungen entstehen.

(102) "Es ist unbestritten ein Mangel der geltenden Gesetzgebung, dass die Erstellung eines Werks von überregionaler Bedeutung mit möglicherweise weitstreuenden Immissionen gegen

Phänomene, welche eindeutig Ersatzformen sind, Ventile, über die der politische Druck entweicht, weil die Volksabstimmung fehlt. Zu ihnen gehören die Konsultativabstimmungen dieser Gruppe.

Thematisch betreffen sie Atomkraftwerke und Lagerstätten für radioaktive Abfälle, National- und Expressstrassen, weiter z.B. eine Kiesgrube, eine Strafanstalt, einen Waffenplatz, einen Rangierbahnhof und eine Grossüberbauung, also alles Werke, die den Lebensraum der Menschen so stark prägen, dass das Bedürfnis nach demokratischer Mitbestimmung sofort einleuchtet. In vielen Fällen musste zwar die Exekutive, in deren Kompetenz die Konsultativabstimmung eingriff, nicht selbst entscheiden, sondern zum Entscheid eines übergeordneten Gemeinwesens Stellung nehmen. Die Bedeutung jenes Entscheids für das betroffene Gemeinwesen machte jedoch auch die Vernehmlassung zu einem so wichtigen Geschäft, dass die Exekutive nicht mehr als legitimiert erschien, allein eine Stellungnahme abzugeben.

Gerade diese Fälle lenken unsere Aufmerksamkeit auf einen weiteren Zusammenhang: Viele Konsultativabstimmungen müssen verstanden werden als Ventil für das fehlende Verwaltungsreferendum nicht im gleichen, sondern im übergeordneten Gemeinwesen. Wegen der geographisch übergreifenden Bedeutung von Werken der Grosstechnologie haben sich die Kompetenzen im vertikalen Aufbau des föderalistischen Staates von unten nach oben, meistens auf den Bund verlagert. (103) Damit sind die Entscheide den Gemeinden, die Verwaltungsreferendum eventuell vorsehen, entzogen und fallen dem Bund zu, der nicht einmal das Finanzreferendum kennt. Bei solchen Verschiebungen verlieren jedoch die Kantone und Gemeinden jeweils nicht jeden Einfluss auf die Materie, sondern behalten mannigfaltige Restkompetenzen: Sie erteilen einzelne Bewilligungen (104), sind allein oder in Zusammenarbeit mit dem Bund für den Vollzug oder die Ueberwachung zuständig (105) und werden im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren um ihre Meinung gefragt. (106) Ueber diese Teilkompetenzen entweicht nun der politi-

den Willen der Bevölkerung, mindestens ohne Zustimmung, gebaut werden könnte." : Bericht der Petitionskommission an den Landrat des Kt. Basel-Landschaft zur Petition der Gewaltfreien Aktion Kaiseraugst (vom 30. April 1976), S. 5.

(103) Vgl. hinten S. 51.

(104) Vgl. hinten S. 56.

(105) Vgl. z.B. die 'knappe Darstellung der äusserst komplizierten Zuständigkeitsverhältnisse im Nationalstrassenbau bei MUELLER/SALADIN, Zulässigkeit, S. 21 ff.

(106) Vgl. hinten S. 85.

sche Druck, welcher sich in einer Angelegenheit des Bundes bildet, dort aber kein Ventil findet. Weil sich in den kleinen, einfach strukturierten Gemeinden die Forderung nach einer scharfen Kompetenzabgrenzung gegenüber der Vorstellung vom allzuständigen Volk nie endgültig durchsetzt, ist z.B. eine Konsultativabstimmung über die Frage, ob das Atomkraftwerk Kaiseraugst gebaut werden solle, in Kaiseraugst selbst möglich, im Bund, wo sich die Frage doch stellt, wegen der Fragwürdigkeit der Konsultativabstimmung hingegen undenkbar.

Eine Frage von nationaler Bedeutung, über die in dieser Weise in kleineren Gebietskörperschaften abgestimmt wird, ist in erster Linie der Bau von Atomkraftwerken, weil er eine Gefahrenquelle für ein ausgedehntes Gebiet und Folgeprobleme wie z.B. die Lagerung atomarer Abfälle schafft. Aber auch der Bau von Werken mit lokaleren Immissionen wie Nationalstrassen gehören dazu, denn man erkennt in ihnen in zunehmendem Masse den lediglich sichtbar gewordenen Teil des Umweltschutzproblems, das diffus und allgegenwärtig auch jene betrifft, die nicht gerade neben der Strasse wohnen.

An sich geht es in diesem Abschnitt darum, die Konsultativabstimmungen im Kompetenzbereich der Exekutive zu erklären. Mit dem zuletzt aufgezeigten Zusammenhang haben wir aber unversehens den Rahmen dessen, was wir erklären wollten, gesprengt. Erstens müssen Abstimmungen, welche als Ersatz für das Verwaltungsreferendum im übergeordneten Gemeinwesen interpretiert werden können, nicht notwendigerweise die Kompetenzen der Exekutive des abstimmenden Gemeinwesens tangieren, weil dessen Rechtsordnung die Stellungnahme ausdrücklich den Stimmbürgern übertragen kann. Gerade im Bereich des Atomkraftwerk- und Nationalstrassenbaus sind solche Rechtsgrundlagen auf kantonaler Ebene häufig. (107) Weil die direkte Demokratie in den Kantonen und Gemeinden stärker verwurzelt ist als im Bund, können beide in die Lücke springen; in den Kantonen ist aber das Gefühl für die Notwendigkeit einer klaren Kompetenzordnung und die Fragwürdigkeit einer Konsultativabstimmung ausgeprägter, weshalb sie – im Gegensatz zu den Gemeinden – eher den rechtlich geordneten Weg wählen. Zweitens haben wir es gerade im Bereich des Nationalstrassen- und Atomkraftwerkbaus mit Materien zu tun, bei denen im Bund dem Parlament entscheidende Befugnisse zukommen. In ihrer Eigenschaft als Ersatz für das Verwaltungsreferendum im Bund müssten die Abstimmungen mit diesen Themen deshalb z.T. der nächsten Gruppe zugeordnet werden.

(107) Vgl. hinten S. 36 ff.

d) Verwandte Erscheinungen

Das gleiche Ziel wie die hier behandelten Konsultativabstimmungen verfolgen zunächst einmal alle Versuche, über Grossverwaltungsakte normale Volksabstimmungen mit Entscheidwirkung herbeizuführen. Hier sind an erster Stelle die eidgenössische Atominitiative (108) und die eidgenössische Volksinitiative "Demokratie im Nationalstrassenbau" (109), sowie ähnliche Vorstösse auf kantonaler Ebene zu nennen. (110) Sodann gibt es Volksinitiativen, die sich auf einzelne, konkrete Projekte beziehen, jedoch aus rechtsstaatlichen Gründen und weil die Verwaltungsinitiative nicht vorgesehen ist, für ungültig erklärt werden. (111) Neben das politische tritt schliesslich in letzter Zeit auch das wissenschaftliche Engagement. (112)

Eine indirektere Auswirkung des mangelhaft ausgebauten Verwaltungsreferendums ist die Politisierung von Bewilligungs- und Rechtsschutzverfahren, die von ihrer Anlage her nicht der politischen Willensbildung dienen sollten. Am deutlichsten ist das beim Verfahren zur Bewilligung von Atomkraftwerken nach dem BB zum AtG. Er sieht vor dem Bewilligungsentscheid des Bundesrates ein Einwendungsverfahren vor, was im politischen Gespräch der Demokratie zugeordnet wurde (113), und unterstellt anderseits die Bewilligung der Genehmigung durch das Parlament, obwohl es bei der Erteilung einer polizeilichen und wirtschaftspolitischen Bewilligung theoretisch keinen Entscheidungsspielraum geben sollte, der den Einsatz des Parlaments rechtfertigt. (114)

Als Alternative zu Konsultativabstimmungen in Materien, die dem Referendum entzogen sind, bietet sich schliesslich auch die Petition an. (115) Als Instrument zur Ausübung von politischem Druck ist sie aber der Konsultativabstimmung unterlegen, weil es hier genügt, eine Abstimmung zu gewinnen, was - je nach Stimmbeteiligung - schon mit einem kleinen Bruchteil der Bevölkerung möglich ist. Eine Petition ist hingegen erst repräsentativ, wenn sie eine viel grössere Zahl von Unterschriften trägt. (116)

(108) Vgl. BBl 1977 III 355 ff.

(109) Vgl. BBl 1976 II 1133 ff. Beide Initiativen wurden verworfen.

(110) Vgl. z.B. die Zürcher Initiative "Parkhäuser vors Volk", hinten S. 117.

(111) KOELZ, Ausbau, S. 58; vgl. AUER, S. 135.

(112) Für Vorschläge zum Ausbau des Verwaltungsreferendums vgl. hinten S. 172 ff.

(113) Im Fall des Kernkraftwerks Kaiseraugst hatte der Bundesrat mehr als siebentausend Einwendungen zu beurteilen: NZZ vom 31. Juli 1980 Nr. 176 S. 31.

(114) JAGMETTI, S. 222 ff., und KOELZ, Ausbau, S. 58.

(115) Vgl. z.B. die am 24. Sept. 1981 im Bund eingereichte Petition, welche mit über hunderttausend Unterschriften versehen war und verlangte, auf den Bau des Rawiltunnels der N 6 sei zu verzichten: NZZ vom 25. Sept. 1981 Nr. 222 S. 34.

(116) Vgl. auch MUELLER/SALADIN, Zulässigkeit, S. 40.

4. Abstimmungen in Materien, welche in die Zuständigkeit des Parlaments fallen

a) Rechtsnormen und Praxis

Weil sich die verschiedenen Kategorien von Konsultativabstimmungen überschneiden, haben wir zwei Gruppen, die diesem Titel zuzuordnen wären, bereits behandelt, nämlich die Abstimmungen in Kantonen und Gemeinden zum Atomkraftwerk- und Nationalstrassenbau, soweit die eidgenössischen Räte zuständig sind, und die antizipierenden Abstimmungen, die ja einen Eingriff in die Kompetenz des Parlaments zur Ausarbeitung einer Vorlage darstellen. Abgesehen davon gibt es weder Normen noch praktische Fälle von Konsultativabstimmungen im Zuständigkeitsbereich des Parlaments. Die einzige Ausnahme bildet der erfolglos gebliebene Versuch, im Kanton Basel-Landschaft eine Abstimmung durchzuführen über die Frage, ob der Kanton bei den eidgenössischen Räten eine Standesinitiative einreichen und sie ersuchen solle, den negativen Gewährleistungsbeschluss über den Wiedervereinigungsartikel § 57bis KV in Wiedererwägung zu ziehen. Zuständig für die Einreichung der Standesinitiative wäre der Landrat gewesen. Er hätte mit der Abstimmung feststellen können, ob das Volk noch hinter dem siebzehn Jahre früher angenommenen Verfassungsartikel stehe. (117)

b) Bedeutung

Dass Konsultativabstimmungen im Bereich der ausschliesslichen Zuständigkeit des Parlaments kaum vorkommen, ist ein Indiz dafür, dass die Beziehung zwischen Stimmbürgern und Parlament einigermaßen intakt ist. Erstens kann zwischen diesen beiden Organen eine grosse Spannung nur in Ausnahmefällen auftreten, solange das Parlament im politischen Bewusstsein noch als Volksvertretung gilt. Zweitens ist die Ausmarchung der Kompetenzen an dieser Front relativ jung. (118) Die grundsätzlichen Fragen zum Verhältnis von Repräsentation und direkter Demokratie stellen sich heute wie damals, die Antworten sind noch immer gültig bzw. umstritten. Die enorme Veränderung des Staates und seiner Aufgaben haben die Kompetenzordnung in erster Linie zwischen den politischen Organen und der Exekutive veralten lassen. Rechtstechnisch bedeutet die

(117) Dieser Fall war der Anlass für den Aufsatz von GIACOMETTI über die Zulässigkeit der Volksabstimmung in nichtreferendumpflichtigen Materien sowie für das Gutachten von NAWIA-SKY.

(118) Sie begann in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts; vgl. KOELZ, Ausbau, S. 53, mit Hinweisen.

Verschiebung einer Befugnis vom Parlament auf das Volk keinen schwerwiegenden Eingriff, weil die Grenzlinie hier ohnehin von je her jeder systematischen Begründung entbehrte. (119) Für die Gemeinden, die das Parlament erst seit kurzer Zeit kennen, treffen diese Ueberlegungen erst recht zu.

Schliesslich sind Konsultativabstimmungen der hier behandelten Art auch deshalb selten, weil das Parlament über subtilere Mittel verfügt, um an die Gesamtheit der Stimmbürger zu gelangen.

c) Verwandte Erscheinungen

In einer erstaunlich grossen Zahl von Gemeinwesen hat das Parlament die Möglichkeit, von sich aus einen seiner Beschlüsse der Volksabstimmung zu unterstellen. (120) Allerdings ist dieses sog. Behördenreferendum unpopulär; es gibt kaum Anwendungsfälle.

Praktisch bedeutsamer ist die Kompetenz des Parlaments, über die Rechtsform der von ihm verabschiedeten Erlasse und damit über ihre Referendumpflichtigkeit zu entscheiden. (121)

Im Bereich der Planung finden wir auch im Verhältnis zwischen Stimmbürgern und Parlament nicht die geschilderten ruhigen Verhältnisse vor. Es ist vielmehr äusserst schwierig, bei dieser Aufgabe, die sowohl ganz grundsätzlich als auch ganz punktuelle Entscheide umfasst und bei der die Entscheide zudem nie definitiv sein sollten, den Stimmbürgern einen angemessenen Einfluss zu sichern. Interessanterweise hat man weder in der Aufgaben- noch in der Raumplanung je zum Mittel der Konsultativabstimmung gegriffen, um die Bedürfnisse nach demokratischer Legitimation einerseits und nach Flexibilität anderseits unter einen Hut zu bringen. Die Scheinlösung wäre zu offensichtlich, weshalb man es vorzieht, dem Volk in Form von Gesetzen verbindliche, dafür ganz allgemeine Planungsgrundsätze (122) oder Bauprogramme für Werke (123) vorzulegen. Schliesslich kann man statt der Gesamtheit der Stimmbürger den einzelnen einbeziehen, wie das z.B. beim

(119) Vgl. im Gegensatz dazu die formale Fundierung der Kompetenzabgrenzung bei der Exekutive, vorn. S. 28.

(120) Zu den einzelnen Bestimmungen vgl. hinten S. 104 f.

(121) Vgl. hinten S. 105.

(122) Vgl. HALLER, Raumplanung, S. 175 lit. a) sowie für die Aufgabenplanung hinten S. 172.

(123) Vgl. die bei JAGMETTI (S. 230 Anm. 81) erwähnten Zürcher Gesetze über die Tieferlegung der Glatt, die Teilverlegung der Universität und die Verlegung der Kaserne. Mit diesen Gesetzen wurde die Schlussabstimmung über die Ausgabe ausgeschlossen. Hingegen ist die Konsultativabstimmung häufig bei der Planung einzelner Werke, die dem Referendum unterstehen.

Einwendungsverfahren nach zürcherischem Raumplanungsrecht (124) oder bei Verfahren der offenen Planung (125) der Fall ist.

5. Abstimmungen in Materien, welche in die Zuständigkeit einer übergeordneten Gebietskörperschaft fallen (126)

Während das Volk mit den bis jetzt behandelten Abstimmungen in den Kompetenzbereich eines andern Organs eingreift, wird bei dieser letzten Gruppe über eine Materie abgestimmt, für welche die Stimmbürger nicht zuständig sind, weil nicht ihr eigenes Gemeinwesen den Entscheid fällt. Hingegen sind sie von diesem Entscheid in besonderer Weise betroffen, weshalb sie von sich aus oder auf Anfrage des Entscheidungsträgers hin ihre Meinung äussern. Die Grenzen des Gebiets besonderer Betroffenheit müssen sich nicht mit denen eines öffentlich-rechtlichen Gemeinwesens decken, weshalb auch Abstimmungen in Regionen und Quartieren denkbar sind. Sie bilden aber die Ausnahme, denn die öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften sind als vorgegebene Organisationseinheiten natürliche Kristallisationspunkte sowohl für jene, die ihren Standpunkt kundtun, als auch für jene, die ihn erfahren möchten.

a) Rechtsnormen

aa) Kantonale Normen betreffend Abstimmungen über Initiativen und Vernehmlassungen zu Erlassen des Bundes

1. Nach Art. 93 Abs. 2 BV haben die Kantone das Recht der Initiative (Standesinitiative). In zwölf Kantonen kann es über die Frage, ob der Kanton von diesem Recht Gebrauch machen soll, zur Volksabstimmung kommen. Weil die Initiative immer einen präzise umrissenen Gegenstand hat, stimmen die Bürger dabei auch über eine materielle Frage ab, ohne sie zu entscheiden.

(124) Vgl. HALLER, Raumplanung, S. 176 lit. c).

(125) Vgl. hinten S. 110 f.

(126) Wenn ich im Laufe dieser Arbeit an vielen Stellen von über- und untergeordneten Gemeinwesen oder auch von Subsystemen spreche, so ist damit einzig gemeint, dass der Bund geographisch viele Kantone und der Kanton mehrere Gemeinden umspannt und dass die Freiheit der kleineren Einheit in der Rechtsordnung der grösseren ihre Grenzen findet. Die Bedeutung des kleineren Gemeinwesens schätze ich nicht geringer als die des grösseren.

- In den Kantonen Jura, Luzern und Zug (127) unterliegt der Beschluss des Parlaments auf Ergreifen der Standesinitiative dem fakultativen Referendum. In den Kantonen Aargau, Jura, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, Thurgau, Uri und Zürich kann das Parlament von sich aus die Volksabstimmung anordnen. (128) In den Kantonen Jura, Luzern, Schaffhausen, Solothurn, Thurgau, Zug und Zürich können die Stimmbürger mit einer Volksinitiative die Abstimmung über eine Standesinitiative auslösen, ebenso in den Kantonen Basel-Stadt, Waadt und Uri. (129)
2. Nach Art. 7 Abs. 2 AtG holt der Bund die Stellungnahme des Kantons ein, in dem eine Atomanlage erstellt werden soll, bevor er dafür die Bewilligung erteilt. Der BB zum AtG räumt den Kantonen noch weitergehende Mitwirkungsrechte ein. (130) Beide Erlasse schreiben dem Kanton nicht vor, wie er seine Meinung bilden solle. In sechs Kantonen kommt die Stellungnahme durch Volksabstimmung zustande oder wird durch eine solche ergänzt.
- Im Kanton Bern unterstehen Vernehmlassungen des Kantons an den Bund über Einrichtungen zur Erzeugung von Kernenergie und zur Lagerung oder Aufbereitung von Kernbrennstoffen dem fakultativen Referendum. (131)
 - Der Kanton Glarus führte an der Landsgemeinde im Mai 1980 in Durchbrechung des Landsgemeindeprinzips die Urnenabstimmung betreffend Vernehmlassungen über Atomanlagen ein. (132)
-
- (127) JU, Art. 78 lit. f KV; LU, § 38 Abs. 1 und § 39 Abs. 1 KV; ZG § 33 Abs. 2 KV; vgl. auch AUER, S. 59. BAUMGARTNER (S. 47 f.) sieht in der letzten Vorschrift nur die Rechtsgrundlage für eine Volksinitiative.
- (128) AG, Art. 25 Abs. 1 lit. e KV; JU, Art. 79 KV; SH, Art. 42 Ziff. 6 KV; SZ, § 32 KV; SO, Art. 17 Ziff. 4 KV; TG, § 4 lit. b KV; UR, Art. 48 lit. d KV; ZH, Art. 30 Abs. 1 Ziff. 3 KV.
- (129) JU, Art. 75 Abs. 2 KV; LU, § 38 Abs. 2 KV; SH, Art. 24 u. 43 KV; SO, Art. 19 KV; TG, § 3 Abs. 2 KV; ZG, § 33 Abs. 2 KV; ZH, Art. 35 KV i. V. m. § 1 Abs. 2 InitiativenG und BAUMGARTNER, S. 60 ff.
- (130) Vgl. Art. 5 Abs. 5, Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 2, 4 und 6.
- (131) Art. 6 lit. d KV; vgl. die Botschaft des BR zum Gewährleistungsbeschluss BBl 1981 III S. 912 f.
- (132) Art. 36 und Art. 44 Ziff. 3 KV; vgl. die Botschaft des BR zum Gewährleistungsbeschluss, BBl 1980 III 1141.

- Im Kanton Neuenburg bestimmt ein Verfassungsdekret: "Si le canton de Neuchâtel est requis de donner son avis à l'autorité fédérale compétente à propos de l'implantation d'une installation atomique, le Grand Conseil prend position. Sa décision est soumise obligatoirement au vote du peuple. Le résultat de ce vote constitue l'avis du canton." (133)
- Gemäss Art. 42 Abs. 1 Ziff. 5 der Schaffhauser KV sind Stellungnahmen des Kantons zu Handen des Bundes bezüglich des Baus von Kernkraftwerken, Aufbereitungsanlagen für Kernbrennstoffe oder Lagerstätten für radioaktive Rückstände auf dem Gebiet des Kantons und der angrenzenden Kantone obligatorisch der Volksabstimmung zu unterstellen. (134)
- Nach Art. 27ter der Waadtländer KV muss eine Volksabstimmung stattfinden, wenn der Kanton im Rahmen der eidgenössischen Gesetzgebung aufgefordert wird, zum Projekt des Baus oder der Veränderung eines Atomkraftwerks oder der Lagerung radioaktiver Stoffe Stellung zu nehmen. (135)
- Gemäss Art. 30 Abs. 1 Ziff. 4 der Zürcher KV unterstehen Stellungnahmen des Kantons im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens des Bundes über die Wünschbarkeit der Errichtung von Atomanlagen auf dem Gebiet des Kantons Zürich und seiner Nachbarkantone dem obligatorischen Referendum. (136)
- In den Kantonen Luzern und Solothurn bestehen Bestrebungen, Vernehmlassungen über Atomkraftwerke in ähnlicher Weise der Volksabstimmung zu unterstellen. (137) Im Kanton St. Gallen lehnten die Stimmbürger eine entsprechende Volksinitiative im September 1981 ab. (138)

(133) Das Dekret hat Verfassungsrang. In der SR ist es am Ende des Verfassungstextes angefügt (SR 131. 233). Vgl. auch die Botschaft des BR zum Gewährleistungsbeschluss, BBl 1979 III 863.

(134) Vgl. die Botschaft des BR zum Gewährleistungsbeschluss, BBl 1979 II 171.

(135) Angenommen in der Volksabstimmung vom 14. Juni 1981; vgl. NZZ vom 15. Juni 1981 Nr. 135 S. 17.

(136) Vgl. die Botschaft des BR zum Gewährleistungsbeschluss, BBl 1980 II 272.

(137) NZZ vom 11. Feb. 1981 Nr. 34 S. 34; für Solothurn vgl. auch NZZ vom 9. Juni 1981 Nr. 130 S. 17.

(138) Vgl. NZZ vom 28. Sept. 1981 Nr. 224 S. 15.

3. Nach Art. 10 NSG führt das eidgenössische Amt für Strassen und Flussbau die Planung der Nationalstrassen in Zusammenarbeit mit den interessierten Bundesstellen und Kantonen durch. Die Kantone wurden vor der Festlegung des Nationalstrassennetzes und werden heute bei einer Aenderung desselben oder bei einer Ausklammerung bestimmter Strassenzüge in ihrem Gebiet zur Vernehmlassung eingeladen.

- Im Kanton Genf wird die Stellungnahme im Rahmen von Art. 10 NSG durch den Grossen Rat in Form eines Gesetzes erlassen, das dem fakultativen Referendum unterliegt. (139)
- Nach Art. 42 Abs. 1 Ziff. 4 der Schaffhauser KV unterliegen Stellungnahmen über die Aufnahme neuer Nationalstrassen ins Nationalstrassennetz obligatorisch der Volksabstimmung. (140)

Kein Gehör fanden zwei Vorstösse betreffend Nationalstrassen in den Kantonen Obwalden und Zürich:

- Eine Einzelinitiative Woermann vom 12. Febr. 1979 verlangte vom Obwaldner Kantonsrat den Erlass eines Gesetzes über die Beeinflussung der Linienführung von Nationalstrassen durch Volksabstimmungen. Nach Ansicht des Regierungsrates hätte ein solches Gesetz gegen die Kantonsverfassung verstossen, weil diese keine Konsultativabstimmungen vorsieht und für Vernehmlassungen den Regierungsrat für zuständig erklärt. Sie wurde in der Folge vom Kantonsrat für verfassungswidrig erklärt. (141)
- Eine Motion Lenzlinger wollte den Zürcher Regierungsrat beauftragen, eine Rechtsgrundlage zu schaffen, welche das fakultative Referendum für Stellungnahmen des Kantons Zürich im Rahmen des Nationalstrassenbaus vorzusehen hätte. Sie wurde vom Kantonsrat verworfen. (142)

Nicht auf Nationalstrassen im allgemeinen, sondern auf das Projekt einer bestimmten Autostrasse bezieht sich ein Gesetz, das im Kanton Jura vorbereitet wird.

(139) Art. 2 Abs. 5 der Loi d'application de la loi fédérale sur les routes nationales.

(140) Vgl. die Botschaft des BR zum Gewährleistungsbeschluss, BBl 1977 III 465.

(141) RR OW, S. 4.

(142) NZZ vom 23. Okt. 1979 Nr. 246 S. 52.

- Es sieht vor, dass im Kanton über die sog. "Transjurane" (Biel - Moutier - Delsberg - Ajoie) eine Konsultativabstimmung stattfinden muss, wenn der Bundesrat die entsprechende Botschaft veröffentlicht hat. (143)

4. Nach Art. 37 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt (144) sind die Regierungen der beteiligten Kantone vor dem Entscheid über die Erteilung der Konzession oder der Bewilligung für Bau und Betrieb von Flughäfen oder Flugfeldern anzuhören.

- Nach Art. 27bis der Waadtländer KV ist der Staatsrat gehalten, sich jedem Vorhaben zur Erstellung oder Verlegung eines Flugplatzes zu widersetzen, welches nicht von allen Gemeinden, auf deren Territorium der Flugplatz zu liegen kommt, angenommen worden ist. Diese Bestimmung kann zu Konsultativabstimmungen in den Gemeinden führen. (145)

bb) Kantonale Normen betreffend Abstimmungen zu Stellungnahmen von Regionen und Gemeinden zu Erlassen des Kantons

1. Das Zürcher PBG sieht in § 13 vor, dass die Gemeinden sich für die Regionalplanung zu Planungsvereinigungen zusammenschliessen. Diese müssen in ihren Statuten Initiative, Referendum und Antrag vorsehen. (146) Da zur Festsetzung der Pläne je nach Planart der Regierungsrat oder die Baudirektion zuständig ist (147), können die vorgesehenen Abstimmungen lediglich konsultativen Charakter haben. (148) Der endgültige Entscheid liegt bei der kantonalen Exekutive, weil die Planungsvereinigungen keine Hoheitsbefugnisse haben können. Die Bildung von Regionen des öffentlichen Rechts ist jedoch geplant. Diese Abstimmungen sind also aus rechtstechnischen Gründen rechtlich unverbindlich. (149)

(143) NZZ vom 23. April 1980 Nr. 94 S. 31 und vom 3. Juli 1981 Nr. 151 S. 35.

(144) Vom 21. Dez. 1948, SR 748.0.

(145) Vgl. auch die Botschaft des BR zum Gewährleistungsbeschluss, BBl 1975 II 1680.

(146) § 14 Abs. 1 lit. d PBG

(147) § 2 lit. a u. b. i. V. m. § 12 Abs. 1 PBG.

(148) Vgl. JAGMETTI, S. 225.

(149) Vgl. § 12 Abs. 1 PBG. Möglicherweise sehen noch andere Kantone Konsultativabstimmungen in den Gemeinden zu Planungsfragen vor, weil sie sich als Lösung anbieten, wenn verschiedene Gemeinwesen vom gleichen Entscheid auf verschiedene Art betroffen sind. Ich habe entsprechende Recherchen als zu arbeitsintensiv aufgegeben.

2. Am 14. Nov. 1958 reichte das Rassemblement Jurassien im Kanton Bern eine Volksinitiative ein, mit welcher es den Erlass eines Gesetzes über die Durchführung einer konsultativen Volksbefragung verlangte, in der sich die jurassischen Amtsbezirke über die Abtrennung vom Kanton Bern sollten äussern können. Die Initiative wurde vom Berner Volk abgelehnt und die Abstimmung fand nicht statt. (150)

3. Alle übrigen Normen betreffen die Anhörung von Gemeinden bei der Aenderung in ihrem Bestand oder Gebiet. Das kantonale Recht sieht für die Gebietsänderung die unterschiedlichsten Verfahren vor. Ausser dem zuständigen Organ und der Form des Aenderungsbeschlusses (151) variiert auch die Stellung der Gemeinde. Am stärksten ist sie dort, wo die Zustimmung der Gemeinde erforderlich ist. (152) Zu einer Konsultativabstimmung kommt es, wenn die betroffenen Gemeinden angehört werden müssen (153) und auf Grund des Gemeindeorganisationsrechts die Stimmbürger den entsprechenden Beschluss fassen. Bereits nach kantonalem Recht trifft das für folgende Fälle zu:

- Nach § 3 des GG ist im Kanton Aargau das kantonale Parlament für die Aenderung von Gemeindegebiet zuständig. Das G über die ausserordentliche Gemeindeorganisation sieht in § 9 lit. b) vor, dass Aenderungen im Bestand der Gemeinde obligatorisch der Abstimmung durch die Einwohnergemeinde unterliegen, was nur im Sinne einer Anhörung verstanden werden kann. (154)
- Gemäss Art. 63 Abs. 2 der Berner KV geschieht die Bildung neuer, die Vereinigung sowie die Veränderung in der Umschreibung bestehender Gemeinden nach jeweiliger Anhörung der Beteiligten durch Dekret des Grossen Rates. Zuständig für die Stellungnahme ist je nach Organisationsform die Gemeindeversammlung bzw. die Gesamtheit der Stimmbürger. (155)

(150) DERENDINGER, S. 396.

(151) Vgl. DAHINDEN, S. 48 u. 47; MEYER, S. 122 ff.

(152) Vgl. DAHINDEN, S. 47 Anm. 35 u. S. 48 Anm. 39; MEYER, S. 244 ff.

(153) Ob die Gemeinden unabhängig vom kantonalen Recht einen Anspruch auf rechtliches Gehör hätten, ist unklar; vgl. hinten S. 85 Anm. 155.

(154) MEYER, S. 220. Nach ihm sollte den Stimmbürgern der Gemeinden mit ordentlicher Organisation das gleiche Recht zustehen.

(155) Art. 77 Abs. 1 lit. c GG.

- Im Kanton Tessin erfolgt die Aenderung in Umschreibung und Zahl der Gemeinden durch Gesetzesdekret des Gran Consiglio (d.h. des kantonalen Parlaments). (156) Nach Art. 5 Abs. 1 der legge sulla fusione e separazione dei comuni ist der Antrag auf Vornahme einer Bestandesänderung den betroffenen Gemeinden zur Stellungnahme vorzulegen. In den Gemeinden mit ordentlicher Organisation treffen die Stimmbürger den Entscheid (157), während er bei der ausserordentlichen Organisation dem Gemeindeparlament vorbehalten ist. (158)
- Nach Art. 26 Abs. 3 der Verfassung des Kantons Wallis kann der Grosse Rat nach Anhörung der Beteiligten durch ein Gesetz Zahl und Umgrenzung der Bezirke und durch Dekret der Gemeinden abändern. In den Gemeinden wird die Stellungnahme von der Gemeindeversammlung ("Urversammlung") resp. der Burgerversammlung abgegeben. (159)
- Im Kanton Zürich erfolgen einverständliche Grenzänderungen durch Entscheid der Gemeinden (160), zwangsweise Grenzänderungen durch Beschluss des Kantons- oder Regierungsrates (161), freiwillige Vereinigung von Gemeinden durch Beschluss des Kantonsrats (162) und zwangsweise Vereinigung sowie Erhöhung der Zahl der Gemeinden durch Erlass eines Gesetzes. (163) In jedem Fall ist eine Stellungnahme der betroffenen Gemeinden vorausgesetzt, aber nur im ersten hat sie Entscheidwirkung. Sowohl bei der ordentlichen als auch bei der ausserordentlichen Organisationsform sind dafür die Stimmbürger zuständig. (164)

(156) Art. 29 Ziff. 2 KV und Art. 1 der Legge sulla fusione e separazione dei comuni.

(157) Art. 12 Ziff. 13 GG.

(158) Art. 35 Abs. 2 GG. M.E. kann die Stellungnahme keinem referendumpflichtigen Beschluss zugeordnet werden; vgl. Art. 57 i.V.m. Art. 12 GG. A.M.: MEYER, S. 222.

(159) Auskunft des Departements des Innern des Kantons Wallis. Die entsprechenden Normen lassen sich aus dem Chaos der kantonalen Rechtsgrundlagen nicht herauskristallisieren. Unkorrekt, aber verzeichlich: MEYER, S. 223.

(160) Mit Zustimmung des RR: § 2 Abs. 1 GG.

(161) Je nach Besiedlung und Grösse der betroffenen Teile: § 2 Abs. 2 GG.

(162) § 3 Abs. 1 GG.

(163) § 3 Abs. 3 GG.

(164) § 41 Abs. 1 u. Abs. 3 Ziff. 1, § 91 Ziff. 1, § 116 GG und MEYER, S. 206.

4. Kantonale Normen, welche allgemein Konsultativabstimmungen in den Gemeinden über Angelegenheiten des Kantons vorsehen, gibt es meines Wissen nicht. (165)

- Kein Gehör fand im Zürcher Kantonsrat eine Motion Lenzlinger vom 13. März 1978, welche die gesetzliche Regelung der formellen Anforderungen an Konsultativabstimmungen in den Gemeinden erwirken sollte. Der Motionär wollte damit u.a. einer Gemeinde, welche durch einen kantonalen Entscheid besonders betroffen ist, die Stellungnahme in dieser Form ermöglichen. (166)

cc) Kommunale Normen

Es gibt meines Wissens keine Normen auf der Stufe der Gemeinden, welche Konsultativabstimmungen explizite in Materien vorsehen, für die der Kanton oder der Bund zuständig ist. (167)

- Der Zürcher Gemeinderat lehnte eine Motion Weidmann vom 8. Sept. 1978 ab, mit welcher der Motionär auch die Konsultativabstimmung in einzelnen Quartieren ermöglichen wollte. (168)

b) Praxis

aa) Abstimmungen in überkantonalen Regionen, Kantonen und Kantonsteilen (169)

- In Abweichung von Art. 4 Abs. 6 des Genfer Vollzugsgesetzes zum NSG sieht die Uebergangsbestimmung Art. 14 vor, dass für das generelle Projekt eines Teilstücks der N 8 die Stellungnahme des Grossen Rates in die Form eines dem fakultativen Referendum unterliegenden Gesetzes

(165) Wegen ihrer Offenheit kann die Appenzeller Norm (vorn. S. 8) aber so verstanden werden.

(166) Protokoll der Sitzung vom 7. Mai 1979, S. 75.

(167) Wegen ihrer offenen Formulierung können die Normen von Thun und von Olten (vorn. S. 9) aber in diesem Sinn interpretiert werden.

(168) NZZ vom 24. April 1979 Nr. 94 S. 41.

(169) Systematisch müssten hier sämtliche Fälle von Volksabstimmungen über Standesinitiativen erscheinen. Als Einheit sind sie aber wenig interessant; vgl. jedoch hinten S. 55 f.

zu kleiden sei. Das Referendum wurde ergriffen und das Gesetz in der Volksabstimmung vom 15. Juni 1980 angenommen. (170)

- Am 28. Sept. 1980 fand im Kanton Zürich gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Ziff. 4 KV eine Volksabstimmung über folgende Frage statt: "Halten Sie die Errichtung des Kernkraftwerks Kaiseraugst unter Berücksichtigung der im Vernehmlassungsverfahren entscheidenden Bedarfsfrage für wünschbar?" (171)
- Am 24. Sept. 1978 führten die sieben Niederämter Gemeinden des Kantons Solothurn (172) eine Abstimmung über den geplanten Rangierbahnhof Olten-Däniken durch, um den Widerstand der Gemeinden gegen das Projekt zu veranschaulichen. (173) Es befindet sich im Stadium des Plangenehmigungsverfahrens. Der Entscheid liegt beim Bund. (174)
- In den zürcherischen Regionen Glattal und Furttal fanden am 30. Nov. 1980, in der Region Pfannenstil am 14. Juni 1981 Abstimmungen über den regionalen Gesamtplan statt. (175)

Alle andern Anregungen, eine Konsultativabstimmung auf dieser Ebene durchzuführen, blieben aus rechtlichen oder politischen Gründen erfolglos.

- Am 17. Januar 1975 reichte die Gewaltfreie Aktion Kaiseraugst bei der achten Regionalkonferenz der Regierungen der nordwestschweizerischen Kantone eine Petition ein, welche verlangte, dass in den betroffenen Kantonen und Bezirken über die Wünschbarkeit des Kernkraftwerkes Kaiseraugst eine Konsultativabstimmung durchgeführt werde.

(170) RR BS, Horburg, S. 24. Bei den generellen Projekten ist sonst das Parlament allein für die Stellungnahme zuständig.

(171) Vgl. dazu den beleuchtenden Bericht des RR zu Handen der Stimmbürger, ABl 1980 S. 836 ff. Zur Fragestellung vgl. BGE 106 Ia 20 ff.

(172) Dulliken, Niedergösgen, Obergösgen, Lostorf, Schönwerd, Starrkirch, Wil, Stüsslingen.

(173) Vgl. den Bericht der Gemeinderäte zur Konsultativabstimmung zu Handen der Stimmbürger.

(174) Vgl. den Bericht des RR SO über die bisherige Entwicklung des Bauvorhabens, 1979, S. 16.

(175) NZZ vom 1. Dez. 1980 Nr. 280 S. 27 und NZZ vom 4. Juni 1981 Nr. 127 S. 49. Zur Rechtsgrundlage und konsultativen Natur der Abstimmungen vgl. vorn S. 39.

Die Parlamente aller angeschlossenen Kantone (176) lehnten die Petition ab, u.a. mit dem Hinweis auf die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundes. (177)

- Im Januar 1980 lehnte es das Bündner Parlament ab, die Vernehmlassung des Regierungsrates an den Bund zur Alpenbahnfrage (Splügen- oder Gotthardbasistunnel), die sich für die Splügenbahn ausspricht, einer Konsultativabstimmung zu unterstellen. (178)
- Nach dem Scheitern der Initiative Woermann (179) verlangte ein im Obwaldner Kantonsrat eingereichtes Postulat, über die Linienführung der N 8 sei trotzdem eine Konsultativabstimmung durchzuführen. Die Ausnahmesituation rechtfertige den Verzicht auf eine gesetzliche Grundlage im Sinn des Bundesgerichtsurteils im Fall Wädenswil. Der Regierungsrat lehnte die Argumentation ab. (180)

bb) Abstimmungen in Gemeinden

- Neben der Einwohnergemeinde Arni-Islisberg (AG) bestehen seit dem frühen 19. Jahrhundert die beiden Ortsgemeinden Arni und Islisberg mit eigenen Kompetenzen in verschiedenen Bereichen. Ihnen fehlt nach Ansicht des Aargauer Regierungsrates die Rechtsgrundlage, weshalb er ihren Zusammenschluss verlangt. Ueber diese Frage haben die beiden Ortsgemeinden schon drei Konsultativabstimmungen durchgeführt, zuletzt im Dez. 1979. (181)
- Am 11. und 12. Sept. 1971 fand in der Stadt Neuenburg eine Volksabstimmung statt über eine Volksinitiative "pour la protection des rives" und einen Gegenvorschlag der Behörden. Die Initiative hatte zum Zweck, die Behörden zu zwingen, sich entgegen ihrer früheren Haltung gegen die Linienführung der N 5 entlang dem Neuenburgersee auszusprechen. Beide Vorlagen wurden abgelehnt. (182)

(176) AG, BE, BL, BS, SO.

(177) Justizdir. BL, insbes. S. 10; Grosser Rat AG.

(178) NZZ vom 28. Jan. 1981 Nr. 22 S. 31.

(179) Vgl. vorn S. 38.

(180) NZZ vom 15. Okt. 1980 Nr. 240 S. 34.

(181) NZZ vom 26. Jan. 1980 Nr. 21 S. 35. Es ging in diesem Fall nicht um eine Aenderung im Bestand der Gemeinden, sondern um die Durchsetzung von bestehendem Recht. Heute sind die Gemeinden getrennt.

(182) Schriftliche Auskunft der Staatskanzlei des Kt. Neuenburg.

- Im Jahre 1971 führte die Kirchgemeinde Kerns (OW) über die Errichtung eines Pfarreizentrums eine Konsultativabstimmung durch. Die endgültige Entscheidung lag bei der Pfarrei, nicht bei der Kirchgemeinde. (183)
- Nach Festlegung der allgemeinen Linienführung der Nationalstrassen durch die Bundesversammlung arbeitet das eidgenössische Amt für Strassen- und Flussbau die generellen Projekte aus, welche den Kantonen und von diesen den betroffenen Gemeinden zur Stellungnahme vorgelegt werden. (184) Zur Vorbereitung dieser Stellungnahme führte der Stadtrat von Schaffhausen auf Anregung des grossen Stadtrates am 3. Dez. 1978 eine Konsultativabstimmung über das offizielle Projekt der Linienführung der N 4 sowie allfällige Varianten durch. (185)
- In der Gemeinde Rothenthurm (SZ) fand am 8. Juni 1975 eine Konsultativabstimmung über die Wünschbarkeit des Waffenplatzes Rothenthurm sowie - im Falle der Bejahung - über sechsendreissig Auflageartikel statt. Dies, weil sich der Gemeinderat von Rothenthurm offenbar ausserstande fühlte, im Vernehmlassungsverfahren der Schwyzer Regierung über den Waffenplatz Stellung zu beziehen. (186) In der zweiten Abstimmung vom 18. Mai 1980 unterstützten die Rothenthurmer ihren Gemeinderat darin, auch weiterhin keine Verhandlungen mit dem eidgenössischen Militärdepartement zu führen. (187)
- Zwischen dem 2. und dem 6. Dez. 1977 fand in Lucens (VD) eine Abstimmung über die Errichtung eines atomaren Zwischenlagers für gebrauchte Brennelemente im dortigen Versuchs-Atomkraftwerk statt. Das Projekt wurde bei einer Stimmbeteiligung von 66% mit 634 zu 65 Stimmen abgelehnt. Die Gemeinde hat in dieser Frage keine Kompetenzen. (188)
- Am 3. Dez. 1978 führte die Gemeinde Regensdorf (ZH) eine Abstimmung durch, in der die Stimmbürger sich zu Standort und Dimension einer erweiterten Strafanstalt äussern

(183) Schriftliche Auskunft des Rechtskonsulenten des Kt. Obwalden.

(184) Art. 11 Abs. 1, Art. 13 u. Art. 19 NSG.

(185) Vgl. die Abstimmungsvorlage zu Handen der Stimmbürger vom 24. Okt. 1978 sowie NZZ vom 27. Okt. 1978 Nr. 250 S. 38. Es handelte sich um eine städtische Abstimmung, die nicht auf Art. 42 Abs. 1 Ziff. 4 KV gestützt war.

(186) Vgl. den Boten der Urschweiz vom 5. Juni 1975 S. 17.

(187) Vgl. vorn S. 21 Anm. 61.

(188) NZZ vom 8. Dez. 1977 Nr. 288 S. 26.

- konnten. Zuständig für den Entscheid sind die kantonalen Behörden und letztlich die Stimmbürger des Kantons.
- Am 3. Juli 1977 fand in der Gemeinde Richterswil (ZH) eine Konsultativabstimmung darüber statt, ob der Dorfkern durch eine projektierte kantonale Seestrasse zu entlasten sei und ob sich der Gemeinderat beim Regierungsrat für einen raschen Baubeginn einsetzen solle. Der Gemeinderat wollte so einer sich bildenden Opposition begegnen, welche verlangte, dass die Seestrasse nach Annahme der kantonalen Volksinitiative "Demokratie im Strassenbau" der Volksabstimmung zu unterstellen sei. (190)
- Art. 10 Abs. 2 des BB zum AtG und Art. 14 ff. der VO über vorbereitende Handlungen im Hinblick auf die Errichtung eines Lagers für radioaktive Abfälle regeln das Vernehmlassungs- und Einspracheverfahren für die genannten Handlungen. (191)

Am 24. Juni 1980 reichte die Nationale Genossenschaft für die Lagerung radioaktiver Abfälle (NAGRA) das Gesuch für die Bewilligung von Probebohrungen an zwölf Standorten im nördlichen Mittelland ein. (192)

Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens holten die betroffenen Kantone auch die Meinung der Gemeinden ein, die als Standorte ausgewählt worden waren. In acht von ihnen fand über die Frage eine Abstimmung statt, nämlich in Birrhard (AG) (193), Schafisheim (AG) (194), Hägendorf (SO) (195), Niedergösgen (SO) (196), Siblingen (SH) (197), Bachs (ZH) (198) und Weiach (ZH) (199), sowie in Steinmaur (ZH) (200). Alle lehnten sie die Probebohrungen ab, wobei die negative Haltung meist schon vor der Abstimmung bekannt war und mit ihr nur bekräftigt wurde.

(189) Vgl. den beleuchtenden Bericht des Gemeinderates vom 6. Nov. 1978.

(190) Auf eine staatsrechtliche Beschwerde hin hob das Bundesgericht die Abstimmung auf, weil das Abstimmungsmaterial den Stimmbürgern zu spät zugestellt worden war: BGE 104 Ia 236 ff.

(191) Vom 24. Okt. 1979, SR 732. 012.

(192) NZZ vom 25. Juni 1980 Nr. 145 S. 31.

(193) NZZ vom 27. Sept. 1980 Nr. 225 S. 34.

(194) NZZ vom 18. Feb. 1980 Nr. 40 S. 13.

(195) NZZ vom 17. März 1980 Nr. 64 S. 14.

(196) NZZ vom 12. Feb. 1980 Nr. 35 S. 35.

(197) NZZ vom 21. April 1980 Nr. 92 S. 14.

(198) NZZ vom 18. August 1980 Nr. 190 S. 17.

(199) NZZ vom 18. Sept. 1980 Nr. 217 S. 49.

(200) NZZ vom 15. Juni 1981 Nr. 135 S. 30. Steinmaur ist im Gesuch als Ausweichstandort für Bachs angegeben.

Die folgenden zwei Abstimmungen fanden nicht statt:

- Am 30. Okt. 1980 lehnte die Gemeindeversammlung von Fällanden (ZH) einen Gemeindebeitrag an den Bau einer kantonalen Umfahrungsstrasse ab. Die Festlegung der Linienführung liegt ganz in der Kompetenz des Kantons, der aber die Meinung der Gemeinde dazu kennen wollte. Ein Antrag aus der Gemeindeversammlung, auch über die Linienführung abzustimmen, wurde vom Gemeinderat wegen des rein konsultativen Charakters der Abstimmung abgelehnt. (201)
- In der Stadt St. Gallen verlangte eine Motion Rechsteiner vom 12. Sept. 1978 eine Konsultativabstimmung über das Anschlusswerk Splügenplatz der N 1. In dieser Frage hat die Stadt einzig die Kompetenz, sich zum generellen Projekt zu äussern. (202) Sie steht dem Stadtrat (Exekutive) zu. Die Motion wurde für rechtswidrig erklärt, weil die Gemeindeordnung bezüglich der Konsultativabstimmung ein qualifiziertes Schweigen aufweist. (203)

Schliesslich wären hier alle Abstimmungen auf Gemeindeebene über Aenderungen in Bestand und Gebiet der Gemeinde einzuordnen, wenn der Entscheid darüber vom Kanton gefällt wird. Sie stützen sich fast immer auf eine gesetzliche Grundlage. (204) Wir begnügen uns ausnahmsweise mit einigen Beispielen.

- Im Nov. 1978 fand in der Gemeinde Bolligen (BE) eine Abstimmung über die Frage statt, ob die Viertelsgemeinden Bolligen, Ittigen und Ostermundigen zusammengelegt oder getrennt werden sollten oder ob der status quo beizubehalten sei. (205)
- Die Gemeinden Ebnat und Kappel (SG) wurden durch ein Gesetz vom 28. April 1964 zu einer Gemeinde verschmolzen. In beiden Orten fanden vorher Abstimmungen über die Verschmelzung statt. (206)

(201) Ein Rekurs gegen diesen Entscheid liegt beim Regierungsrat: NZZ vom 25. April 1981 Nr. 95 S. 52.

(202) Zu den Rechtsgrundlagen vgl. den Fall Schaffhausen vorn S. 45.

(203) SCHORER, S. 1, S. 5 ff. u. S. 19, und Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 31. Okt. 1978 Nr. 26.1.

(204) Vgl. vorn S. 40 f.

(205) Es ist umstritten, ob mit der Abstimmung dem Erfordernis der Anhörung i.S. von Art. 63 Abs. 2 KV genüge getan ist: NZZ vom 4. Sept. 1980 Nr. 205 S. 33.

(206) MEYER, S. 213 Anm. 130.

- Eine ganze Reihe von Abstimmungen über Gemeindefusionen fand gestützt auf Art. 26 Abs. 3 der KV in verschiedenen Walliser Gemeinden statt. (207)

c) Bedeutung

aa) Die vertikale Kompetenzausscheidung bei Entscheiden mit unterschiedlichen Auswirkungen auf Gebietseinheiten verschiedener Stufe

Neben der Regulierung des öffentlichen Lebens durch den Erlass von Normen erwachsen dem Staat eine Fülle von Aufgaben, zu deren Bewältigung er konkrete Werke errichten und betreiben oder zumindest fördern muss. Für das allgemeine Wohl baut er Schul- und Krankenhäuser, Strassen, Schienen, Kraftwerke, Strafanstalten und Waffenplätze. Entsprechend ihrer äusserst konkreten Natur lassen sich bei solchen Bauten die Lasten, d.h. die physischen und psychischen Immissionen, welche von ihnen ausgehen, nicht gleichmässig auf alle verteilen, die von ihnen profitieren. Wird ein neues Gesetz, eine Ausgabe oder die Erhöhung des Steuerfusses beschlossen, so sind die (potentiell) belasteten und die (potentiell) begünstigten Bürger die gleichen und schlicht die Bewohner des entscheidenden Gemeinwesens. Bei grossen Werken stellt sich hingegen die Frage, wie die Entscheidungskompetenzen über Errichtung, Ausmass, Art des Betriebs usw. auf das begünstigte und das besonders belastete Gemeinwesen zu verteilen seien. Die Frage nach der Kompetenzausscheidung zwischen verschiedenen Gemeinwesen von unterschiedlicher Grösse und Betroffenheit stellt sich auch bei andern Entscheiden konkreter Natur. So hat z.B. die neue Zuordnung eines bestimmten Territoriums zu einem andern Gliedstaat grosse, aber unterschiedliche Auswirkungen auf das betreffende Territorium, die betroffenen Gliedstaaten und den Gesamtstaat. (208) Ähnlich der politischen berührt auch die planerische Raumordnung verschiedene, aber immer vitale Interessen.

Um die Konsultativabstimmungen dieser Gruppe zu analysieren, müssen wir zunächst verstehen, wie das geschilderte Problem im geltenden Recht gelöst ist, denn sie sind gleichsam eine Reaktion auf diese Lösung.

(207) Vgl. die Dekrete Nr. 92 a bis 92 f, Systematische Rechtsammlung des Kt. Wallis, Bd. I Titel VI.

(208) Zur konkreten Natur des Neugliederungsaktes vgl. Harald HUBER, S. 13.

Die Aufteilung der Kompetenzen unter die Glieder des föderalistischen Staates ist in erster Linie ein Produkt der politischen Auseinandersetzung im Einzelfall. (209) Es gibt jedoch gewisse Grundsätze, an welchen sich die Schöpfer der Normen über die Zuständigkeit bewusst oder unbewusst orientieren. Sie sollen hier kurz erläutert werden.

Theoretisch stehen sechs Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung:

1. Das übergeordnete Gemeinwesen entscheidet allein.
2. Das übergeordnete Gemeinwesen entscheidet, wobei es die Zustimmung des betroffenen Subsystems braucht (Vetoposition des Subsystems). (210)
3. Das übergeordnete Gemeinwesen entscheidet, wobei dem Subsystem ein Mitspracherecht eingeräumt ist.
4. Das Subsystem entscheidet allein.
5. Es entscheidet mit Zustimmung des übergeordneten Gemeinwesens.
6. Es entscheidet unter Mitsprache des übergeordneten Gemeinwesens. (211)

Sucht man für einen echten Interessenkonflikt – wie er hier vorausgesetzt ist – eine echte Lösung, scheiden die Varianten 1 und 4 von Anfang an aus.

Für die Frage, ob der Entscheid vom grösseren oder vom kleineren Gemeinwesen zu fällen sei (Varianten 2 und 3 bzw. 5 und 6), gelten zwei komplementäre Überlegungen: Das Subsidiaritätsprinzip verbietet es der übergeordneten Gebietskörperschaft, eine Aufgabe an sich zu ziehen, solange die untergeordnete sie aus eigener Kraft erfüllen kann. (212) Gleichzeitig hat sie als Staat aber den Auftrag, eine Aufgabe zu übernehmen, wenn es das allgemeine Wohl erfordert. (213) Unter Berufung auf das öffent-

(209) STADLER, S. 68; BIERI, S. 18.

(210) Dieser Begriff wird von KNOEPFEL verwendet.

(211) Das positive Recht und die Praxis, um deren Analyse es hier geht, setzen als Entscheidungsträger bereits bestehende Gemeinwesen ein. Davon zu unterscheiden ist die rechtspolitische Forderung, wonach die politischen Systeme nicht die Konstanten, sondern die Variablen des politischen Handelns sein sollten; das ist eine der Hauptforderungen der Dissertation von KNOEPFEL; vgl. auch SALADIN, S. 304. KNOEPFELS Sorge gilt der Demokratisierung der Entscheidungsprozesse, während die heute praktizierte Form der systemübergreifenden Bewältigung – die Flucht in privatrechtliche Formen – die demokratische Kontrolle gerade ausschliesst. Als Versuch, beides miteinander zu vereinigen, können die Planungsvereinigungen des Zürcher PBG gelten; vgl. vorn S. 39.

(212) Vgl. dazu das Werk von STADLER, zum Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz der Bundesverfassung insbes. S. 133 ff.

(213) "Die Hierarchie der Zwecke und Ziele oder – genauer ausgedrückt – die stufenweise Möglichkeit sinnvoller Zielerreichung bestimmt den Tätigkeitsbereich der Einzelperson und die Stu-

liche Wohl wird heute immer wieder festgestellt, dass nur der Bund, allenfalls die Kantone, eine gerechte Verteilung der Güter, eine effiziente, weil übergreifende Verwaltung, eine sinnvolle Planung, eine wirksame Wirtschaftslenkung garantieren können. Ob eine Massnahme an sich gerechtfertigt ist, bleibt immer Gegenstand der politischen Auseinandersetzung. Wenn überhaupt, muss sie aber im Zuständigkeitsbereich jenes Gemeinwesens liegen, das alle von ihr gleichermaßen Betroffenen umschliesst. Das sind z.B. in der Raumplanung die potentiellen Nutzer eines Erholungsgebiets, bei der Energiebewirtschaftung die Strombezügler, und nicht die Bewohner der Gemeinde, in der das Gebiet oder das Kraftwerk liegen. (214) Immerhin verlangt das Subsidiaritätsprinzip, dass jeder Entscheidungskomplex daraufhin untersucht wird, ob nicht wenigstens Teilentscheide ausgegliedert und dem Subsystem überlassen werden können. (215)

Bei der Anwendung dieser Ueberlegung ergibt sich zweierlei: Es ist erstens gar nicht denkbar, dass ein Entscheid dem Subsystem überlassen werden müsste, dass aber dennoch ein Mitspracherecht des grösseren Gemeinwesens gerechtfertigt wäre. Die Durchsetzung der Interessen einer grösseren Gemeinschaft verlangt eine Kompetenzverlagerung. In der Praxis ist denn auch die Mitwirkung eines übergeordneten am Entscheid eines untergeordneten Gemeinwesens (Varianten 5 und 6) selten. (216) Für die Frage, ob dem nicht entscheidungsberechtigten Subsystem eine Möglichkeit der Mitsprache oder das Veto einzuräumen sei, ergibt sich zweitens, dass das Veto im Prinzip abzulehnen ist, weil es bewirkt, dass von der kleineren Einheit abhängt, ob die grössere eine ihr zugewiesene Aufgabe erfüllen kann. Nach KNOEPFEL ist die unumstössliche Vetoposition des Subsystems systemwidrig und "führt zum demokratietheoretischen Illogismus der Entstehung zentraler über den Weg der Addition subsystemarer Entscheidungen". (217)

fenordnung der Gemeinschaft.": STADLER, S. 49. Dass es keinen Begriff gibt, der diese Gegenforderung zum Subsidiaritätsprinzip bezeichnet, dürfte Ausdruck der politischen Erfahrung sein, dass sie sich auch ohne Namen durchsetzt.

(214) Ausführlich dazu KNOEPFEL, S. 106 ff.

(215) A.a.O., S. 120.

(216) Als Mitsprache des Kantons in einer kommunalen Angelegenheit könnte man z.B. kantonale Gesamtrichtpläne ohne Verbindlichkeit werten (vgl. LENHERR, S. 124 ff., insbes. S. 128 ff.) sowie die Genehmigung kommunaler Raumpläne durch den Kanton, soweit dadurch nicht nur Kompetenzüberschreitungen der Gemeinden verhindert, sondern auch positive Planungsgrundsätze durchgesetzt werden sollen; vgl. KNOEPFEL, S. 44 u. S. 233 ff. Vgl. auch HANGARTNER (S. 239) der den Inventaren des Bundes über Objekte mit nationaler Bedeutung mit Bezug auf die Kantone eine ähnliche Bedeutung beimisst.

(217) (sic!) KNOEPFEL, S. 176.

Im gleichen Sinn kann man einem Entscheidungssystem mit doppelten Mehrheiten vorwerfen, man kehre damit zu den Grundsätzen der Tagsatzung und damit hinter den Bundesstaat von 1848 zurück. (218) Die Gefahr, dass schliesslich kein Gemeinwesen mehr im Dienste der Allgemeinheit unangenehme Gemeinschaftsaufgaben übernehmen würde, ist offensichtlich und wird von der Tagespresse mit dem Schlagwort der St-Florians-Politik unermüdlich heraufbeschworen. (219)

Wir werden später in dieser Arbeit die Ablehnung der Veto-position des Subsystems in zwei Hinsichten relativieren müssen. Erstens existiert sie in einem beschränkten Bereich mit guten Gründen schon heute (220), und zweitens muss wenigstens geprüft werden, ob sie nicht doch eine Lösung darstellt, wo einem Subsystem extreme Opfer zugemutet werden. (221)

Die rasante Entwicklung von Wirtschaft und Technik in unserem Jahrhundert hat dem Staat eine Fülle von Aufgaben beschert, die sinnvoll und gerecht nur in einem grösseren geographischen Rahmen gelöst werden können. Zwischen 1941 und 1976 sind dem Bund einundzwanzig neue Kompetenzen übertragen worden; sechzehn davon betreffen die Errichtung grosser technischer Werke durch den Bund (z.B. Nationalstrassen) oder die Ueberwachung der Errichtung durch Private (z.B. Atomkraftwerke), den Schutz der Umwelt vor den negativen Folgen der überriessenen Entwicklung von Wirtschaft und Technik (z.B. Gewässerschutz und Tierschutz), die gerechte Verteilung unvermehrbarer Ressourcen (z.B. Raumplanung) und die Ordnung der Wirtschaft (z.B. Konjunkturmassnahmen). (222) Eine ähnliche, wenn auch beschränktere Verlagerung dürfte im Verhältnis zwischen Gemeinden und Kantonen stattgefunden haben.

In einigen Materien war oder ist es möglich, die Sachzuständigkeit stufenweise auf verschiedene Gemeinwesen zu verteilen, so z.B. in der Raumplanung, wo das Gemeinwesen der unteren Stufe im Rahmen der von der oberen festgelegten Massnahmen autonom bleibt. (223) Bei der Errichtung grosser Werke wie Nationalstrassen und Waffenplätze usw. ist z.T. umstritten, ob den Kantonen und Gemeinden das angestammte Bau- und Polizeirecht als Restkom-

(218) So Bundesrat Ritschard, zitiert nach GRUNER, S. 13.

(219) Der Ursprung des Schlagworts liegt im Ausspruch "Heiliger Sankt Florian, verschone unsere Häuser, zünd lieber andre an!"

(220) Vgl. hinten S. 115 f.

(221) Vgl. hinten S. 177 ff.

(222) Vgl. die Zusammenstellung bei BIERI, S. 28.

(223) HALLER, Raumplanung, S. 178 ff.; LENHERR, S. 33. Vom Vollzugsföderalismus wird hier abgesehen, vgl. dazu die Arbeit von BIERI.

petenz weiterhin zustehe (224); in der grundsätzlichen Frage, ob, wo und wie ungefähr ein solches Werk zu bauen sei, bleibt ihnen aber nur ein Mitspracherecht, auch wenn ihnen dabei beträchtliche Opfer zugemutet werden. (225) Damit beginnt die technische Entwicklung den Föderalismus in der Substanz anzugreifen. (226) Bis jetzt gibt es keine Normen, welche dem Subsystem ein Veto einräumen, mit dem es die Errichtung eines grossen Werkes auf seinem Gebiet verhindern könnte; hingegen ist bei Gebietsveränderungen die Lösung, dass das besonders betroffene Gemeinwesen zustimmen muss, verbreitet. (227)

bb) Die Bedeutung der Mitwirkung des Subsystems in Form einer Volksabstimmung

Wenn Gemeinwesen verschiedener Stufen eines föderalistischer Staates miteinander verkehren, geschieht das normalerweise über ihre Exekutiven, weil diese für die auswärtigen Angelegenheiten zuständig sind. (228) Es müssen deshalb besondere Gründe vorliegen, wenn mit den Konsultativabstimmungen dieser Gruppe das Volk die Stellungnahme für ein Subsystem abgibt. (229)

In allen Fällen bedeutet der Entscheid, zu dem das Subsystem Stellung nimmt, einen tiefen Eingriff in seine Existenz. Eine Nationalstrasse, ein Waffenplatz, besonders aber eine Aenderung im Gemeindegebiet können das ganze Wesen einer Gemeinde ändern. Könnte sie ihn allein fällen, so würde der Entscheid ohne Zweifel den Stimmbürgern zustehen. Wir haben gesehen, weshalb ihr die Zuständigkeit entzogen ist und an Stelle des eigenen Entscheids oder des Vetos die Mitwirkung tritt. Die Zuständigkeit der Stimm-

(224) Vgl. hinten S. 56.

(225) Vgl. Art. 6 Abs. 1 u. Art. 7 Abs. 2, 4 u. 6 BB zum AtG sowie Art. 12, 13, 14, 17, 19, 21, 26 u. 29 NSG, Art. 58 VO über die Nationalstrassen vom 24. März 1964, SR 75. 111, und RECHSTEINER, S. 90 ff.

(226) Vgl. SALADIN, S. 305, und die Kritik von RECHSTEINER am Ungenügen der kommunalen Mitsprache im Nationalstrassenbau, S. 84 ff. Die globale Ablehnung der "Demokratie des Betroffenseins" (vgl. z.B. JAGMETTI, S. 220 ff.) ist deshalb zu einfach.

(227) Vgl. hinten S. 116.

(228) HERNEKAMP, S. 60 (Gemeinderat), S. 118 (Regierungsrat) sowie Art. 102 Ziff. 8 u. 9 BV (Bundesrat).

(229) Wo die Exekutive für die Stellungnahme zuständig ist, bedeuten solche Abstimmungen auch einen Eingriff in ihren Kompetenzbereich; vgl. vorn S. 21.

bürger aber bleibt, nur ist die Volksabstimmung jetzt nicht mehr ein Entscheidungsverfahren, sondern nimmt eine neue, leicht schillernde Bedeutung an. Weil sie ein Verfahren ist, das die Zuständigkeit geradezu symbolisiert, wird mit ihr – psychologisch gesprochen – der Zorn über die eigene Unzuständigkeit durch eine Ersatzhandlung gemildert. Zudem profitiert das Subsystem von der Tatsache, dass das entscheidende Gemeinwesen zur Durchsetzung seines Entscheids ganz besonders auf den Konsens der Bürger im betroffenen Gebiet angewiesen ist. Es kann deshalb je nach dem Ausgang der Abstimmung mit Konsensverweigerung und Widerstand drohen. Solche Abstimmungen sind also in erster Linie Ventil und Druckmittel für die besonders betroffene Bevölkerung, Ausdruck eines ungelösten Interessenkonflikts und Ersatz für das Veto.

In der politischen Praxis werden Konsultativabstimmungen dieser Art häufig damit begründet, das zuständige Gemeinwesen müsse, um richtig entscheiden zu können, die Meinung der betroffenen Bevölkerung kennen, d.h., die Abstimmung liege auch in seinem Interesse. Das stimmt höchstens insofern, als ein massiver Widerstand schwererwiegende Auswirkungen hat, wenn er lange unerkannt bleibt. Grundsätzlich aber ist dem übergeordneten Gemeinwesen die Kompetenz gerade deshalb übertragen worden, weil man davon ausging, eine Lösung im allgemeinen Interesse sei gefährdet, wenn die Interessen der besonders betroffenen Bevölkerung zu stark berücksichtigt würden. Der Spielraum für diese Rücksichtnahme ist deshalb klein und die Möglichkeit, ihn auszunützen, liegt im Verhandeln. So können z.B. die Immissionen einer Nationalstrasse zum Vorteil der Gemeinde verringert werden, wenn sie durch einen Tunnel geführt wird, was das Projekt zum Nachteil von Bund oder Kanton verteuert. Solche Verhandlungen können nur über die Exekutive laufen; Volksabstimmungen können nur dann eine vom Entscheidungsträger verwertbare Information liefern, wenn sie mehrere Varianten innerhalb des noch offenen Spielraums betreffen, nicht aber, wenn darin grundsätzlich für oder gegen ein Projekt Stellung bezogen wird.

Mit dieser Erklärung sind die meisten Abstimmungen dieser letzten Gruppe erfasst, wobei die verschiedenen Beispiele verschiedene Nuancen aufweisen. Bei den Normen betreffend Abstimmungen über Vernehmlassungen und den zugehörigen praktischen Fällen, in den Fällen Rassemblement Jurassien, Gewaltfreie Aktion Kaiser-augst, Kt. Obwalden, Arni-Islisberg, Rothenthurm, Niederamt, Lucens, NAGRA-Bohrungen und St. Gallen hatten die Abstimmungen vor allem den Sinn eines Druckmittels, während sie in Schaffhausen, Regensdorf und Richterswil eine gewisse Information lieferten. Typisch für alle ist, dass das entscheidende Gemeinwesen die Mitwirkung gar nicht verlangt hatte oder mindestens nicht in Form einer Volksabstimmung; ja, die Abstimmung kann dem Sinn der Mitwirkung geradezu widersprechen, weil sie nicht die begründete Antwort auf eine Sachfrage, sondern ein politischer Entscheid ist, nicht unsachlich, aber nicht-sachlich. (230)

(230) Vgl. zu diesem Problem hinten S. 90 ff.

Einen diametralen Gegensatz zu diesen Abstimmungen bilden die Normen, in welchen die Kantone selbst eine Volksabstimmung in den Gemeinden vorsehen, obwohl diese nicht entscheidungsbe-rechtigt sind. Hier übt nicht das Subsystem Druck nach oben aus, sondern das entscheidungsberechtigte Gemeinwesen erhebt von sich aus die Meinung der nicht zuständigen Stimmbürger zum Entschei-dungskriterium. Grundsätzlich widerspricht dieses Vorgehen nach unseren bisherigen Ueberlegungen dem Sinn der Kompetenzzuwei-sung an das grössere Gemeinwesen. Interessanterweise beziehen sich aber alle so gearteten Normen einzig auf Gebietsänderungen, was die Frage aufwirft, ob die Meinung der betroffenen Stimmbür-ger hier eine besondere Bedeutung habe. Sie ist zu bejahen. Diese Normen beruhen offensichtlich auf der Ueberlegung, dass sich die Auflösung alter und die Bildung neuer Gemeinden u.a. daran orientieren sollte, welche Bürger sich als zusammengehörig empfin-den. Die Abstimmungen haben den Zweck, im kleinen Rahmen dem Nationalitätsprinzip gerecht zu werden. (231) Sie liefern dem ent-scheidenden Gemeinwesen ein sachliches Entscheidungskriterium und unterscheiden sich darin grundsätzlich von Abstimmungen, mit welchen sich ein übergeordnetes Gemeinwesen in einer heiklen Angelegenheit der Zustimmung des untergeordneten versichern will. (232)

Bis jetzt haben wir zur Erklärung der Abstimmungen im Zu-ständigkeitsbereich übergeordneter Gebietskörperschaften die unter-schiedliche Betroffenheit der beteiligten Gemeinwesen in den Vorder-grund gestellt. Bei einigen Fällen ist dieser Konflikt jedoch eher vordergründig und die Konsultativabstimmung im kleinern Gemein-wesen Ausdruck einer Auseinandersetzung verschiedener politischer Richtungen im grösseren Verband, d.h., die Mitwirkung des kleine-ren am Entscheid des grösseren wird umfunktioniert und nimmt die Form der Abstimmung an, um das fehlende Verwaltungsreferendum im grösseren zu ersetzen. Diese Ursache haben wir bereits behan-

(231) D.h. dem Prinzip, wonach Grundlage eines Staates ein durch die gemeinsame Geschichte, Rasse, Sprache, geographische Lage usw. entstandenes Zusammengehörigkeitsgefühl ist; vgl. Harald HUBER, S. 101 ff.

(232) Ich ringe den fraglichen Normen hier eine Verständnis ab, das ihren Urhebern vermutlich nicht bewusst war. Eine kon-sequente Anwendung des Nationalitätsprinzips würde eine Befragung vor allem auch im neu zu bildenden Gebiet verlan-gen. Aufschlussreich wäre ein historischer Vergleich mit Kan-tonen, die für die Anhörung keine Volksabstimmung vorsehen. Leider fehlt bei MEYER jede Erklärung für die Unterschiede in den Verfahren.

delt. (233) Die Ueberlagerung beider Aspekte ist für den Bereich des Umweltschutzes, um den es bei den meisten Fällen dieser letzten Gruppe geht, typisch: Ein technischer Eingriff in die Natur erhitzt die Gemüter der lokalen Bevölkerung einerseits, weil von ihr besondere Opfer verlangt werden, und andererseits, weil eine vage Bedrohung plötzlich greifbare Form annimmt, was ihr Anlass ist, sich auch intensiver mit dem grundsätzlichen Problem auseinanderzusetzen.

Zum Schluss seien noch zwei Arten von Abstimmungen dieser Gruppe erwähnt, für welche die bisherigen Erklärungen nicht zutreffen. Im folgenden werde ich sie als atypisch vernachlässigen.

Bei der Bildung des Bundesstaates im Jahre 1848 erhielten die Kantone an Stelle des verlorenen Instruktionsrechts die Ständesinitiative. (234) Der Bund erliess nie Bestimmungen über die Willensbildung für ihre Ausübung, und die unterschiedlichen kantonalen Regelungen wirken zufällig, vermutlich eine Folge der geringen politischen Bedeutung der Ständesinitiative. Jedenfalls wurde sie von der demokratischen Bewegung kaum erfasst. Die direktdemokratischen Formen, die wir heute vorfinden, erhielt sie mittelbar durch die Neugestaltung des Initiativrechts in den Kantonen. (235) Wegen dieser historischen Situation kann man die kantonalen Normen, welche Volksabstimmungen über Ständesinitiativen vorsehen, nicht mit konkreten politischen Umständen erklären, ebensowenig die darauf beruhenden Anwendungsfälle als Gesamtheit. Bei einzelnen von ihnen dient aber die schon vorgegebene Form genau den gleichen Zwecken wie sonst eine Konsultativabstimmung, so z.B. bei der sog. Y-Initiative, welche verlangte, dass der Kanton Zürich sich mit einer Ständesinitiative bei der Bundesversammlung für eine Aenderung des Nationalstrassennetzes im Bereich der Stadt Zürich einsetze. (236) Nach BAUMGARTNER dient die Ständesinitiative nur zum Teil der Durchsetzung kantonalen Sonderinteressen

(233) Vgl. zum Phänomen der Verlagerung einer politischen Auseinandersetzung auf das Verhältnis zwischen Bund und Gemeinden bzw. Kantonen auch die Feststellung von Konrad HESSE (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. Karlsruhe 1980, S. 109), dass föderative Streitigkeiten im Grunde oft Auseinandersetzungen zwischen politischen Richtungen des Gesamtstaates seien.

(234) BAUMGARTNER, S. 11.

(235) A.a.O., S. 17.

(236) Vgl. BGE 99 Ia 728 sowie MOOR (S. 171), der diese Initiative im Zusammenhang mit der mangelhaften politischen Kontrolle des Nationalstrassenbaus auf Bundesebene erwähnt.

und dies eher dort, wo das Parlament oder die Regierung allein für ihre Einreichung zuständig ist. (237) Bei Zuständigkeit der Stimmbürger ist sie hingegen ein Instrument oppositioneller Minderheiten, um bundesrechtliche Probleme zunächst auf kantonaler Ebene zur Sprache zu bringen. (238) Eine Volksabstimmung über eine Standesinitiative, die mit diesem Ziel ausgelöst wird, lässt sich jenen Konsultativabstimmungen zuordnen, die der Ersatz für ein fehlendes Referendum im Bund sind.

Bei den Konsultativabstimmungen nach Zürcher PBG dient die Zuständigkeit der kantonalen Behörden zur Festsetzung der Regionalpläne nicht der Sicherung von überregionalen Interessen, sondern ist lediglich als Uebergangslösung gedacht. Die Unverbindlichkeit der Abstimmungen in den Regionen ist also nicht gewollt, sondern eine unpraktische Folge der mangelnden Staatlichkeit dieser Regionen. (239)

d) Verwandte Erscheinungen

Der gleichen Problematik wie die Konsultativabstimmungen dieser Gruppe entspringen alle Versuche, dem besonders betroffenen Gemeinwesen einen Einfluss zu sichern, der nicht nur Mitwirkung, sondern Mitentscheidung bedeutet.

Eine solche Erscheinung ist die Auseinandersetzung um die Kompetenzabgrenzung, wo der Bau und Betrieb eines grossen Werkes Zuständigkeiten betrifft, die von der Verfassung verschiedenen Gemeinwesen zugeordnet sind. So stellte sich im Zusammenhang mit dem Bau von Atomkraftwerken und den Probebohrungen für atomare Lagerstätten schon verschiedentlich die Frage, inwiefern Kantone und Gemeinden hier noch ihr Raumplanungs- und Bau-recht anwenden können. (240)

Die wirksamste und gleichzeitig extremste Lösung des Problems wird in jenen drei Volksinitiativen vorgeschlagen, welche eine echte Vetoposition des Subsystems einführen wollten. Sie betra-

(237) S. 89.

(238) A.a.O., S. 69 u. S. 90.

(239) Vgl. vorn S. 39.

(240) Vgl. BGE 103 Ia 329 ff.; HALLER, Raumplanung, S. 178 f., und ZBl 74/1973 S. 400 ff. Zur Zuständigkeitsfrage bei den Probebohrungen der NAGRA vgl. Heribert RAUSCH, Schweizerisches Atomenergierecht, Zürich 1980, S. 99 ff., Ulrich FISCHER, Die Bewilligung von Atomanlagen nach schweizerischem Recht, Bern 1980, S. 25 ff., und Martin LENDI, Föderalismus und Entscheidungsfähigkeit des Bundes, NZZ vom 1. Okt. 1980 Nr. 228 S. 35.

fen den Bau von Atomkraftwerken, von Flugplätzen und von Parkhäusern und sind entweder nicht zustandegekommen oder abgelehnt worden. (241)

Im übrigen sind Vorschläge zur Beilegung des Interessenkonflikts zwischen einer grösseren, profitierenden Allgemeinheit und dem belasteten Gemeinwesen rar. Der interessante Vorschlag von MOOR (242), technische Werke des Bundes seien dem Verfahren der kantonalen Richtplanung zu unterwerfen, vernachlässigt, dass die Frage nach der endgültigen Zuständigkeit klar beantwortet sein muss.

Schliesslich wäre zu überlegen, ob das belastete Gemeinwesen finanziell entschädigt werden könnte. Abgesehen davon, dass die geldwerte Berechnung von Umweltbelastungen heute noch als unmöglich gilt, ist diese Lösung grundsätzlich fragwürdig. (243)

II. WEITERE ASPEKTE (244)

1. Die häufigsten Materien

Als erstes springt einem bei der Beschäftigung mit einer grösseren Zahl von Konsultativabstimmungen die Häufung gewisser Themen in die Augen. Von den 81 Normen und praktischen Fällen, die unsere Sammlung umfasst, beschäftigen sich 20 mit Atomkraftwerken, atomaren Lagerstätten und Probebohrungen zu solchen, 20 mit Transportwegen (National- und andere Strassen, Eisenbahnen und Flugplätze), 9 mit andern Werken (Bauten, Waffen- und Schiessplätze,

(241) Einzelheiten vgl. hinten S. 116 f.

(242) S. 172 f.

(243) Ebenso SALADIN, S. 305. Die Frage, inwieweit bei Werken, die von Gesellschaften des Privatrechts betrieben werden, eine solche Entschädigung in Form von Steuern bereits geleistet wird, muss offen gelassen werden.

(244) Die in diesem Abschnitt verwendeten Zahlen dienen der Anschaulichkeit und wollen nicht Statistik sein. Von Anfang an nicht berücksichtigt sind Normen und praktische Fälle bezüglich Abstimmungen über Standesinitiativen und die praktischen Fälle von Abstimmungen über Stellungnahmen von Gemeinden zu vom Kanton beschlossenen Gebietsveränderungen. Jede Norm und jede Abstimmung wird nur in jener Kategorie gezählt, in der sie in der Zusammenstellung vorn ausführlich dargestellt ist. Wo es sinnvoll ist, sind auch gescheiterte Normen und Abstimmungen eingeschlossen.

Kiesgruben) und 10 mit Verfassungs- und Gesetzesänderungen. Diese Verteilung illustriert die Tatsache, dass sich die Menschheit gegenwärtig vorzugsweise mit der Produktion von Energie und dem Transport von Menschen und Gütern befasst und bestätigt, dass die Konsultativabstimmung ein Ausdruck der Schwierigkeit ist, diese Bereiche einer direktdemokratischen Kontrolle zu unterwerfen.

2. Konsultativabstimmungen mit und ohne gesetzliche Grundlage

Es gibt in unserer Sammlung 17 Normen, die die Durchführung von Konsultativabstimmungen regeln, 7 zu antizipierenden Abstimmungen und 10 zu solchen in übergeordneten Gebietskörperschaften. Von den insgesamt 40 Abstimmungen, die stattgefunden haben, stützen sich nur 6 auf im ganzen 4 dieser Normen, nämlich die antizipierende Abstimmung in Schaffhausen über die Herabsetzung des Stimmfähigkeitsalters (245), die Genfer Nationalstrassenabstimmung, die Abstimmung im Kanton Zürich über das Atomkraftwerk Kaiseraugst und die drei Zürcher Regionalplanabstimmungen. Die gesetzliche Grundlage fehlt auch bei den 10 gescheiterten oder penden-ten Versuchen.

Als von der Verfassung anerkanntes Instrument im Dienste der politischen Willensbildung ist die Konsultativabstimmung heute also kaum von Bedeutung; allerdings sind viele Normen neu und werden vielleicht in Zukunft wichtiger. Sie wird vielmehr in erster Linie eingesetzt, um die Stimmbürger einzuschalten, wo die Verfassung es nicht vorsieht, und mildert so die Spannung, die entstanden ist, weil die Kompetenzordnung den tatsächlichen Bedürfnissen nicht entspricht. Bei den antizipierenden Abstimmungen wäre es grundsätzlich einfach, den Stimmbürgern entsprechende verfassungsmässige Befugnisse einzuräumen. Bei den Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich der Exekutive oder einer andern Gebietskörperschaft haben hingegen gerade die enormen Schwierigkeiten der Kompetenzverteilung zur Abstimmung geführt. Dass sei einem schwer zu lösenden Konflikt entspringt, macht sie verständlich, empfiehlt sie aber nicht an sich als Ausweg, legt vielmehr die Vermutung nahe, dass sie eine Scheinlösung sei. (246)

(245) Vgl. aber zum konsultativen Charakter hinten S. 103 Anm. 31.

(246) Vgl. dazu hinten S. 125 ff.

3. Konsultativabstimmungen auf Bundes-, Kantons- und Regions- und auf Gemeindeebene

Von den 50 Abstimmungen, die nach unserer Sammlung stattgefunden haben oder angestrebt wurden, gehören 1 der Bundesebene an, 11 der Ebene von Kantonen und Regionen und 38 der Gemeindeebene. Normen oder Versuche, solche zu erlassen, gibt es 31, davon 25 auf Kantons- und 6 auf Gemeindeebene. Diese Zahlen sind missverständlich, wenn man nicht berücksichtigt, dass sich ein guter Teil der praktischen Fälle auf bundesrechtliche Themen beziehen und dass fast alle kantonalen Normen Abstimmungen zu bundesrechtlichen Themen oder aber in den Gemeinden regeln. Sie zeigen aber, dass man in den Gemeinden ohne grosse juristische Bedenken die Formen der politischen Willensbildung erweitert und dass die Vorstellung, das Volk könne man immer fragen, ganz lebendig ist. Gegen eine solche Praxis gibt es Einwände, die nicht nur formalistisch sind. (247) Trotzdem habe ich bei der Beschäftigung mit den Konsultativabstimmungen in den Gemeinden nicht den Eindruck erhalten, die Demokratie gleite hier ins Dezisionistische, Regellose, Identitäre ab. Sie ist einfach unmittelbarer und deshalb etwas ungebärdiger, kommt dem Versprechen, das in ihrem Namen liegt, aber trotzdem näher, als in den Kantonen und im Bund.

Zusätzlich dürfte die Tatsache, dass auch die eidgenössischen und kantonalen Abstimmungen von den Gemeinden durchgeführt werden müssen, die Spontaneität von Bund und Kantonen hemmen.

4. Faktisch verbindliche und faktisch unverbindliche Konsultativabstimmungen

Bei einer Konsultativabstimmung wird dem Volk eine Frage vorgelegt, die zu entscheiden es nicht zuständig ist. Die Rechtsordnung garantiert deshalb nicht wie bei einer gewöhnlichen Abstimmung, dass ihr Ergebnis als Entscheid respektiert werde. Unabhängig davon stellt sich die Frage, wann die Behörden eine Abstimmung tatsächlich als verbindlichen Entscheid behandeln.

Ob eine Konsultativabstimmung faktisch verbindlich sei oder nicht, ist für viele Rechtsfragen ausschlaggebend; sie muss deshalb in jedem Fall der einen oder andern Art zugeordnet werden.

(247) Vgl. hinten S. 142 f. Andererseits ist für Gemeinden ohne Parlament die Vorstellung einer scharfen Gewaltenteilung angesichts der umfassenden Kompetenzen der Stimmbürger wirklich nicht ganz zutreffend.

Andererseits ist man für die Zuordnung auf eine Beweisführung mit Indizien angewiesen, denn eine Konsultativabstimmung ist dann faktisch verbindlich, wenn die Behörden entsprechend ihrem Ausgang handeln, weil sie ihre Autorität anerkennen, nicht aber, wenn das Resultat in eine Richtung weist, die man aus andern Gründen ohnehin eingeschlagen hätte. Entscheidend sind also innere Tatsachen, die zudem aus einem komplizierten, behördeninternen Willensbildungsprozess resultieren. Nur wenn die Behörde vor der Abstimmung erklärt, sie betrachte sich als durch das Ergebnis gebunden, steht die Verbindlichkeit ausser Zweifel. (248)

Am stärksten ins Gewicht fällt sicher der Einfluss der gewöhnlichen Volksabstimmungen: Behörden und Stimmbürger haben die Gewohnheit, im Ergebnis einer Abstimmung einen Entscheid zu sehen. Wer immer von ihnen an seiner Verbindlichkeit zu rütteln wagt, muss mit dem Vorwurf rechnen, er missachte den Volkswillen und sei ein schlechter Demokrat. Jede Behörde wird diesen Vorwurf im Hinblick auf ihre Wiederwahl tunlichst vermeiden.

In der Literatur ist diese Einwirkung fast überall erkannt worden. (249) Einige Autoren schliessen daraus, die Konsultativabstimmung sei immer faktisch verbindlich, weil sie nur dann einen Sinn habe und sonst gar nicht stattfinde. (250) Damit sind wir aufgefordert, bei der Untersuchung der Verbindlichkeit die Funktion der Konsultativabstimmung zu berücksichtigen. Dabei muss vorweggenommen werden, was ausführlich erst im nächsten Paragraphen behandelt wird.

Eine Konsultativabstimmung, die eindeutig keinen andern Zweck hat, als ein Stück Information zu liefern, ist per definitionem nicht verbindlich. Wo es einsichtig ist, dass die Stimmbürger befragt werden, nicht weil sie das oberste Organ im Staat sind, sondern weil ihre Meinung den Entscheid aus einem andern Grund beeinflussen soll, kann niemand auf die Autorität des Volkesentseides pochen und riskieren die Behörden ihre Glaubwürdigkeit nicht, wenn sie sich entgegen dem Ergebnis der Abstimmung entscheiden. In der Praxis hat es m.E. eine reine Informationsabstimmung nie gegeben. (251)

Die meisten Konsultativabstimmungen verfolgen den Zweck, die direkte Demokratie oder mindestens ihre vorteilhaften Seiten in Bereichen spielen zu lassen, die ihr nach dem Gesetz verschlossen sind. Wo die Stimmbürger auf Ausdehnung ihrer Entscheidungsmacht drängen, weigert sich eine Behörde entweder, eine Abstimmung

(248) Vgl. z.B. die Fälle Sursee und Wädenswil vorn. S. 13 u. 14.

(249) Vgl. hinten S. 75f.

(250) GIACOMETTI, S. 309; MUELLER/SALADIN, Problem, S. 424; vgl. auch BGE 104 Ia 233.

(251) Vgl. auch hinten S. 83.

durchzuführen, oder sie behandelt sie in ihrem eigenen Interesse als verbindlich. (252) Setzt aber die Behörde eine Abstimmung an, um sich von einer Verantwortung zu befreien, wäre es paradox, wenn sie sich nicht an das Ergebnis hielte. Oft liegen beide Absichten gleichzeitig vor. (253) Hier ist die Feststellung, der Sinn der Konsultativabstimmung verlange, dass sie verbindlich sei, völlig zutreffend.

Auch hinter den Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich einer übergeordneten Gebietskörperschaft, die politisch der Ersatz für das Veto sind, steht der Wunsch der Stimmbürger, den Entscheid an sich zu ziehen. Hier wird aber der politische Druck konkurrenziert von Druckversuchen aus andern Gebietseinheiten und politischen Lagern, die mit ebensoviel Legitimität aufwarten können. Die verschiedenen, sich widerstrebenden Interessen haben ja gerade zur Uebertragung der Kompetenz an die grössere Gebietseinheit geführt. Die zuständige Behörde wird nicht nur von den an der Konsultativabstimmung beteiligten Bürgern gewählt, sondern von einem grösseren Kreis, und sie würde deshalb an einem andern Ort das Prestige wieder verlieren, das sie sich bei jenen mit der unbedingten Anerkennung des Abstimmungsergebnisses einhandeln könnte. Erst wenn zu einer bestimmten Frage in so vielen Subsystemen abgestimmt würde, dass sich sogar im zuständigen Gemeinwesen klare Mehrheitsverhältnisse abzeichnen, würde die Situation umschlagen, und die Behörden sähen sich dem Druck ihrer eigenen Wähler ausgesetzt. Der Fall wird nie eintreten. (254)

In der Fortsetzung dieser Arbeit werde ich nicht einzelne Konsultativabstimmungen behandeln, sondern Typen von solchen, und davon ausgehen, dass die demokratisch motivierten faktisch verbindlich und die übrigen faktisch unverbindlich sind. Bei der Beurteilung einer einzelnen, konkreten Abstimmung kann und muss die Analyse jedoch subtiler sein. Erstens verfolgt eine Konsultativabstimmung häufig nicht nur ein Ziel, sondern mehrere, eventuell sogar widersprüchliche, gleichzeitig. Zweitens gibt es neben der politischen Funktion andere Faktoren, die einen - allerdings beschränkten - Einfluss auf die Verbindlichkeit haben. An sich garantiert z.B. auch eine gesetzliche Grundlage oder eine behörd-

(252) Der Fall Einsiedeln (vorn S. 20) dürfte singular bleiben.

(253) Hinten S. 66 f.

(254) Er wäre der reinste Ausdruck der Tatsache, dass Abstimmungen im Subsystem auch das Referendum im übergeordneten Gemeinwesen ersetzen. Die Ablehnung der St. Galler Atominitiative (vorn S. 37) zeigt aber, dass die besondere Betroffenheit doch ein wichtiger Faktor für Abstimmungen im Subsystem ist, und bannt die Gefahr bzw. zerschlägt die Hoffnung des gesamtschweizerischen Atomkraftwerkreferendums auf dem Umweg über die Abstimmungen über kantonale Vernehmlassungen.

liche Erklärung, welche eine Konsultativabstimmung als unverbindlich bezeichnet, die Unverbindlichkeit nicht (255), erhöht aber die Wahrscheinlichkeit, dass die Behörden sich nicht einzig der Volksmeinung beugen werden, besonders, wenn die Erklärung einleuchtend begründet ist. (256) Einen gewissen Einfluss kann auch die Fragestellung haben. Wo die Antwort nur Ja oder Nein lautet, müssen die Behörden zu einem Resultat Stellung nehmen, das weniger verschiedene Interpretationen zulässt, als wenn mehrere Alternativen zur Diskussion stehen, werden sich mit einer Abweichung vom Abstimmungsergebnis also schwerer tun. Das ist ferner auch dann der Fall, wenn das Ergebnis eindeutig ist, d.h. wenn die verschiedenen Standpunkte sehr unterschiedliche Stimmenzahlen aufweisen, während ein knappes Resultat eher eine unabhängige Entscheidung der Behörden ermöglicht.

§ 2 WUERDIGUNG

1. DIE FUNKTIONEN DER KONSULTATIVABSTIMMUNG BEIM GEGENWAERTIGEN RECHTSZUSTAND

Wir haben im letzten Paragraphen unter dem Aspekt der Zuständigkeit die Hintergründe der verschiedenen Konsultativabstimmungen behandelt. Jetzt begeben wir uns auf eine andere, abstraktere Ebene, knüpfen aber an jene Analyse an.

1. Informationsfunktion

Eine Konsultativabstimmung ist dann ein reines Informationsinstrument, wenn ihr Ergebnis nicht deshalb von Interesse ist, weil die Gesamtheit der Stimmbürger das Organ ist, aus dem alle staatliche Macht sich legitimiert, sondern weil sie ein sachliches Entscheidungskriterium liefert. Das Ergebnis ist eine Tatsache, die in

(255) Schon die Bezeichnung der Abstimmung als konsultativ ist eine solche Erklärung.

(256) Beispiele sind selten. Vgl. die Fälle Herisau und Einsiedeln, vorn S. 19 und 20.

einer Abstimmung ermittelt wird. Es kommt häufig vor, dass eine enger umschriebene Gruppe von Menschen Träger einer für den Staat wichtigen Information ist. Für die Vorbereitung eines Filmförderungsgesetzes wendet er sich in erster Linie an die Filmschaffenden. (1) Dass die Meinung der Stimmberechtigten eine praktisch verwertbare Information liefert, ist hingegen höchst selten, denn sie sind ja aus andern Gründen zu einer Einheit zusammengefasst worden.

Ein sachliches Entscheidungskriterium liefert die antizipierende Konsultativabstimmung, weil sie Auskunft gibt über die Chancen, welche verschiedene Varianten einer Vorlage in der Schlussabstimmung haben werden. Ohne Zweifel berücksichtigt die zuständige Behörde diese Chancen bei einem Vorentscheid in jedem Fall und zu Recht. Will sie sich statt auf Vermutungen auf Zahlen stützen, kann sie zur Feststellung der Volksmeinung das Verfahren der Konsultativabstimmung wählen, denn hier ist es sinnvoll, die Stimmbürger zu befragen, weil sie den Schlussscheid fällen werden. (2)

Einen Informationsgehalt haben wir auch der Abstimmung zugestanden, in welcher sich eine Gemeinde zur vom Kanton zu beschliessenden Gebietsveränderung äussert, weil die Grenzen der Gemeinden das Zusammengehörigkeitsgefühl ihrer Bewohner berücksichtigen sollten. (3) Den Abstimmungen über Werke, die von einem übergeordneten Gemeinwesen gebaut werden, kann die zuständige Behörde schliesslich entnehmen, ob bei der besonders betroffenen Bevölkerung ein Widerstand vorhanden ist, der die Realisierung in Frage stellt, oder ob von verschiedenen, gleichwertigen Varianten eine bevorzugt wird. (4) In beiden Fällen würde aber im Grunde nur eine Abstimmung bei der Wohnbevölkerung die gewünschte Information liefern.

Besonders anschaulich ist der Fall Herisau. (5) Die Abstimmung war eine reine Informationsabstimmung und sollte die Meinung der Konsumenten zum Abendverkauf ermitteln. Dass sie das Zielpublikum nicht völlig verfehlte und die Konsumenten sich halbwegs mit den Stimmbürgern gleichsetzen lassen, verdankt der Herisauer Gemeinderat dem Umstand, dass im Kanton Appenzell-Ausserrhoden die Frauen wenigstens auf Gemeindeebene stimmberechtigt sind. (6)

(1) Vgl. auch die Abstimmungen über das Frauenstimmrecht bei den Frauen, vorn S. 2. Zu den Instrumenten der Informationsbeschaffung vgl. hinten S. 108 f.

(2) Tatsächlich gibt es trotzdem praktisch keine rein informative antizipierende Abstimmung; vgl. dazu hinten S. 83.

(3) Vgl. vorn S. 54.

(4) Vgl. vorn S. 53.

(5) Vgl. vorn S. 19.

(6) Art. 19 Abs. 3 KV.

Die Bedeutung der Konsultativabstimmung als Informationsinstrument ist also verschwindend klein, weil sie grundsätzlich gar keine Information liefern kann. Eine Ausnahme bilden die antizipierenden Abstimmungen. Ganz entgegen dieser Tatsache werden Konsultativabstimmungen häufig als rein informativ bezeichnet, meistens in der Annahme, sie seien dann rechtlich weniger problematisch.

2. Selbstbestimmung und Legitimation: Die demokratische Funktion

Von den Stimmbürgern aus gesehen, ist die wichtigste Funktion der gewöhnlichen Volksabstimmung mit Entscheidungswirkung, dass sie das demokratische Postulat der Selbstbestimmung verwirklicht. Der Volksentscheid verleiht einem Staatsakt, weil er vom obersten Organ ausgeht, gleichzeitig höchste Legitimität, d.h., er wird unanfechtbarer und ist leicht durchzusetzen, was ein Vorteil für die Behörden ist. (7) Wo das Volk in einem Bereich bestimmen will, für den es nicht zuständig ist oder wo die Behörden an Stelle der eigenen Verantwortung eine erhöhte Legitimität setzen wollen, bietet sich die Konsultativabstimmung an, d.h. über das direktdemokratische Verfahren werden die Wirkungen der direkten Demokratie herbeigeführt. Wir haben diese Funktion der Konsultativabstimmung bei der Behandlung der Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich der Exekutive eingehend dargestellt und gesehen, dass sie auch bei vielen Abstimmungen im Kompetenzbereich einer übergeordneten Gebietskörperschaft eine Rolle spielt. Um eine Ausdehnung der direkten Demokratie geht es aber auch bei den meisten antizipierenden Abstimmungen, indem die Behörden schon über eine Vorfrage einen Volksentscheid herbeiführen. Bei einer oberflächlichen Betrachtungsweise scheint es zwar, als könnten sie bei einer antizipierenden Abstimmung keine Verantwortung abschieben, weil ihnen diese in der Schlussabstimmung sowieso abgenommen wird. Das ist nicht richtig, denn die Vorbereitung einer Vorlage, die sachlich gut ist und vom Volk angenommen werden wird, ist eine höchst verantwortungsvolle Aufgabe. (8)

(7) Dazu eingehend hinten S. 120 f. u. 124.

(8) Vgl. auch MUELLER/SALADIN, Problem, S. 426 und Hans HUBER, Rechtsgutachten.

3. Ventil und Druckmittel: Die föderalistische Funktion

Auch mit der Abstimmung über Materien, für die eine übergeordnete Gebietskörperschaft zuständig ist, wollen die Stimmbürger den Bereich der Selbstbestimmung ausdehnen. Weil ihnen aber nicht die Behörden des eigenen, sondern des grösseren Gemeinwesens gegenüberstehen, bleibt die Abstimmung gleichsam hinter ihrem eigenen Versprechen zurück und ist statt ein Entscheidungsinstrument nur ein Druckmittel. Diese Funktion haben praktisch alle Konsultativabstimmungen über Materien im Zuständigkeitsbereich einer übergeordneten Gebietskörperschaft. (9)

Die juristische Diskussion um die Konsultativabstimmung hat sich bis jetzt in erster Linie um die Frage gedreht, ob eine Abstimmung eine gesetzliche Grundlage brauche, auch wenn sie konsultativ sei. Bei näherer Betrachtung stellt sich aber heraus, dass dem Wort "konsultativ" keine einheitliche Realität gegenübersteht. In keiner Konsultativabstimmung wird das Volk zu Rate gezogen; ein heterogener Haufen von Stimmbürgern kann nicht wie ein kluger Ratgeber einen Gesichtspunkt beisteuern, den andere vergessen haben. Die Konsultativabstimmung ist vielmehr ein Mittel, um eine Tatsache festzustellen, um einen demokratischen Entscheid zu fällen oder um ein anderes Gemeinwesen unter Druck zu setzen, und sie wird meistens deshalb "konsultativ" genannt, weil die Rechtsordnung eine informatorisch oder föderalistisch motivierte Abstimmung nicht vorsieht und eine demokratisch motivierte im konkreten Fall nicht. Wo die Konsultativabstimmung so heisst, weil sie keine gesetzliche Grundlage hat, ist die Frage, ob sie eine gesetzliche Grundlage brauche, auch wenn sie konsultativ sei, falsch gestellt. Sie kann nur sinnvoll beantwortet werden, wenn einerseits die Funktion der Abstimmung und anderseits der Grund für das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage feststehen. Diese Ueberlegung wird das Vorgehen im zweiten Teil dieser Arbeit prägen.

(9) Vorn S. 52 f.

II. DIE EINWIRKUNGEN DER GEWOEHNLICHEN VOLKSABSTIMMUNGEN AUF DIE KONSULTATIVABSTIMMUNG

Nicht nur die rechtliche Problematik, sondern auch die tatsächliche Erscheinung der Konsultativabstimmung ist geprägt von der Tatsache, dass das normale Referendum im schweizerischen Staatsleben eine so grosse Rolle spielt

Alle Konsultativabstimmungen sind irgendwie der Idee der direkten Demokratie verpflichtet, ob sie nun bereits vorgesehene Volksentscheide glaubwürdiger machen oder neue herbeiführen wollen. Das Bedürfnis, das sie befriedigen, ist in einer direktdemokratischen Ambiance entstanden.

Sodann ist für die Konsultativabstimmung von grösster Bedeutung, dass das Abstimmungsverfahren im Normalfall zu einem Entscheid führt. Wo sie die direkte Demokratie auf neue Bereiche ausdehnt oder Ventil und Druckmittel für ein nicht entscheidungsberechtigtes Gemeinwesen ist, profitiert sie von der Tatsache, dass die Autorität der Volksabstimmung aus Gewohnheit auch dort anerkannt wird, wo keine Norm es verlangt. (10) Ferner stellt diese Autorität die Durchführung von rein informatorischen Abstimmungen in Frage. (11)

Drittens ergeben sich gewisse Konsequenzen aus der Tatsache, dass im Referendum zwei staatsrechtliche Funktionen miteinander verknüpft sind. Indem es den Stimmbürgern den Entscheid über die Rechtswirksamkeit eines staatlichen Erlasses überträgt, verknüpft es das Postulat der Selbstbestimmung; gleichzeitig wirkt es legitimierend, weil es dem Volk auch die Verantwortung für den Entscheid überbindet und die Behörden im gleichen Mass entlastet. Weil die Konsultativabstimmung diese Verknüpfung übernimmt, liegt sie häufig im Interesse der Stimmbürger und der Behörden, besonders bei den politisch umstrittenen Fragen, die ja Gegenstand der meisten Abstimmungen bilden. Es lässt sich deshalb nachträglich kaum je feststellen, wer auf die Durchführung gedrängt hat. (12) Es ist m.E. nie vorgekommen, dass Stimmbürger gegen eine Konsultativabstimmung opponiert hätten mit der Begründung, die Behörden hätten ihre Verantwortung gefälligst selber wahrzunehmen (13), während Opposition von seiten der Behörden

(10) Die Abstimmungen der ersten Art sind deshalb faktisch verbindlich; vorn S. 61.

(11) Vgl. hinten S. 82 f.

(12) Die Kritik von KAEGI (S. 124), dass die Delegation nach oben meistens nicht der Demokratie, sondern dem Abschieben von Verantwortung diene, erfasst deshalb nur den halben Sachverhalt.

(13) Allerdings kann eine solche Opposition in einer besonders grossen Stimmabstinenz zum Ausdruck kommen. Die Beschwerdeführer im Fall Wädenswil führten das genannte Argument zwar

etwas häufiger ist und immer dann auftritt, wenn für sie die Entlastung von Verantwortung den Verlust an Macht nicht aufwiegt. Es ist sicher kein Zufall, dass sich die Behörden eigentlich nur gegen die kantonalen Volksinitiativen für Abstimmungen über Vernehmlassungen zu Handen des Bundes allgemein zur Wehr setzen, wo ihnen ein Mittel der Einflussnahme streitig gemacht wurde, das nicht mit der vollen Verantwortung erkaufte war, weil der eigentliche Entscheid beim Bund liegt. (14)

Die letzte Art von Einfluss, welche die normalen Volksentscheide auf die Konsultativabstimmung ausüben, knüpft an die Tatsache an, dass das Volk mit dem Volksentscheid eine Kompetenz wahrnimmt:

Wir werden im zweiten Teil dieser Arbeit das Plebiszit als eine Volksabstimmung definieren, die einem Entscheid den Schein demokratischer Legitimation verleiht und den Stimmbürgern die Verantwortung dafür überträgt, ohne dass sie ihn selbst gefällt haben. (15) Dass Verantwortung nur mit Macht gekoppelt auftreten sollte, ist eine moralische Forderung, die im Begriff der Kompetenz eine rechtliche Entsprechung hat. (16) Wo die Stimmbürger, wie in der Schweiz, eigene Kompetenzen ausüben, haben sie die Gewohnheit der Macht, der Verantwortung (17) und ihrer Verknüpfung, und die Behörden sind gewohnt, ihnen Kompetenzen in diesem umfassenden Sinn zu überlassen.

Bei einer Konsultativabstimmung, die nicht Ausübung einer Kompetenz ist, besteht an sich die Gefahr, dass die Abstimmung zum Plebiszit verkommt; sie wird aber durch den Einfluss der gewöhnlichen Volksabstimmung drastisch reduziert. Es kommt auch bei einer Konsultativabstimmung unabhängig von der Interessenslage meistens zu einer umfassenden faktischen Kompetenzverschiebung, weil die Behörde, die an sich nur ihre Verantwortung los sein wollte, dem Volk den Entscheid überhaupt überlässt und das Volk, das nur den Entscheid an sich ziehen wollte, auch die Verantwortung dafür übernimmt. Deshalb wirken die wenigsten Konsultativabstimmungen plebiszitär, sondern bieten das Bild eines echten Volksentscheides, der allerdings von der Verfassung nicht vorgesehen ist. (18)

an, wehrten sich aber offensichtlich, weil die Abstimmung im konkreten Fall ihren politischen Zielen zuwiderlief.

(14) Dass die Gemeindebehörden in der gleichen Situation weniger häufig ablehnend reagierten, zeigt, dass die Gründe für diese Opposition jedoch komplexer sind.

(15) Vgl. hinten S. 139.

(16) Vgl. hinten S. 79.

(17) Zwar werden sie von niemandem zur Verantwortung gezogen, können diese aber auch auf niemanden abwälzen.

(18) Vgl. auch BGE 104 Ia 235 (zum Fall Wädenswil). Diese Ueberlegung gilt nur für demokratisch motivierte Konsultativabstimmungen.

III. DIE KONSULTATIVABSTIMMUNG ALS SYMPTOM DER KRISE DER DEMOKRATIE

Es gibt heute viele Erscheinungen, in welchen Staatsrechtler und Politiker Anzeichen dafür sehen, dass der Staat im Begriff ist, seine Autorität zu verlieren. Einerseits machen ihm Bürgerbewegungen und Terroristenorganisationen, aber auch Massenmedien und Wirtschaftsmächte das Gewaltmonopol streitig, andererseits machen die Bürger ihr Interesse und ihre Solidarität davon abhängig, dass der Staat ihren persönlichen Vorteil fördert, was er nicht immer kann. (19)

Im Gegensatz zu diesen Erscheinungen ist die Konsultativabstimmung höchstens fragwürdig, nicht aber gefährlich. Immerhin lehnt sie sich stark an traditionelle Entscheidungsmuster an und kann überhaupt nur stattfinden, wenn darüber zwischen Stimmbürgern und Behörden Einigkeit herrscht. In der gegenwärtigen Situation bewertet man sie deshalb am besten als politischen Ausweg aus einem Konflikt, den das Recht nicht gelöst hat, als "frei entstehende Ausgleichsform", welche die mit der direkten Demokratie verbundenen Schwierigkeiten des schweizerischen Regierungssystems mildert. (20)

Man muss bei dieser neutralen Bewertung nicht stehen bleiben, sondern kann sich fragen, ob die Entwicklung, die den Ausgleich notwendig macht, zu bejahen oder abzulehnen sei. Im Konflikt stehen sich auf der einen Seite die Forderung nach neuen Volksentscheiden, auf der andern Seite rechtstechnische Hindernisse, die Interessen einer grösseren Gemeinschaft und komplexe politische Widerstände (die wir nicht analysiert haben) gegenüber. Bedeutet nun die Forderung nach Ausdehnung der direkten Demokratie auf neue Bereiche eine masslose, identitäre Ueberforderung des demokratischen Prinzips oder nur den Versuch, einen fortschreitenden Verlust an demokratischer Selbstbestimmung schlecht und recht auszugleichen? Nach unseren bisherigen Ueberlegungen trifft eher das zweite zu. Gesamthaft gesehen bieten die Konsultativabstimmungen nicht das Bild einer wild wuchernden Demokratie. Sie betreffen fast immer Bauwerke oder sonst technische Werke, und die Fragen des Umweltschutzes sind heute so gravierend geworden, dass auch nach einem traditionellen Verständnis von Demokratie Volksabstimmungen darüber gerechtfertigt sind.

(19) Beide Aspekte sind vorzüglich analysiert bei GRUNER, insbes. S. 9 ff., S. 57 ff. und S. 79 ff.; vgl. auch EICHENBERGER, Entwicklungstendenzen, S. 82 u. S. 95 f.

(20) EICHENBERGER, Zusammenspiel, S. 109.

Ich möchte diese Ueberzeugung (21) noch mit einem grundsätzlicheren Gedankengang begründen.

Jeder Staat, der sich die Bezeichnung "demokratisch" gibt, beschwört - unabhängig davon, wie weit er das Versprechen einlöst - das Bild des freien Menschen herauf, der im Einverständnis mit den seine Existenz bedingenden Verhältnissen lebt, weil er sie selbst gestaltet hat. Radikale Selbstbestimmung in diesem Sinn würde u.a. die ununterbrochene Teilnahme des Einzelnen an allen ihn betreffenden Entscheiden voraussetzen. In der Wirklichkeit stösst diese Forderung auf enge Grenzen. Der Staat muss auch Ziele verfolgen, die mit der maximalen politischen Teilnahme aller Bürger in Konflikt geraten: Er muss eine gewisse Stabilität garantieren, soziale Leistungen erbringen und deshalb die Wirtschaft lebensfähig erhalten, in einer komplizierten Welt mit hochdifferenzierten und schlagkräftigen Entscheidungsmechanismen aufwarten. SCHEFOLD fasst den Zwang, auch diesen Forderungen gerecht zu werden, bedauernd im Begriff "necessitas" zusammen. (22) Ihretwegen muss die politische Teilnahme der Bürger auf einzelne Teilnahmehandlungen beschränkt bleiben (23), ob sie nun bloss ihre Repräsentanten wählen oder auch direktdemokratische Institutionen in Anspruch nehmen können. (24)

Die Verwirklichung des Postulats der Selbstbestimmung bedeutet also immer auch einen Verrat an ihm. Wir haben deshalb nur die Wahl zu entscheiden, ob in einer bestimmten historischen Situation die Mischung von Demokratie und necessitas richtig sei - dann wäre die Forderung nach mehr Demokratie als identitär abzulehnen - oder ob eines der beiden Elemente zu viel Gewicht habe. Die glaubwürdigste Analyse der gegenwärtigen Situation liefern m.E. jene Autoren, welche davon ausgehen, dass das demokratische Element heute zwar nicht formell, aber materiell einen Tiefstand erreicht hat. Nur sie können erklären, weshalb auch die Menschen in den westlichen Demokratien Angst vor der Welt empfinden, die sie angeblich selbst geschaffen haben.

(21) Wir befinden uns auf der Grenze zwischen einer wissenschaftlichen und einer politischen Fragestellung.

(22) Vgl. S. 1 ff. Vgl. zum Konflikt von Demokratie und necessitas auch die Unterscheidung in input- und output-orientierte Demokratietheorien bei SCHARPF, S. 21, oder das von KNOEPFEL (S. 126 ff.) verwendete Modell, welches die Abhängigkeit des Staates vom legitimatorischen System einerseits und vom ökonomischen System anderseits beschreibt.

(23) Ein anderer Grund ist die Tatsache, dass die Bürger nur in beschränktem Mass an der res publica teilnehmen wollen. Vgl. zur Auseinandersetzung um die politische Apathie z.B. ZIMPEL, S. 110 ff.

(24) Zur Bedeutung der direktdemokratischen Institutionen im Spannungsfeld von Identität und Repräsentation vgl. die überzeugende Dissertation von GASSER.

SCHEFOLD geht in seinem Aufsatz "Bewahrung der Demokratie und wirtschaftlich-technische Entwicklung" davon aus, dass Demokratie die Freiheit des Staates voraussetzt, zwischen verschiedenen Lösungen und auf Grund politischer Wertung zu wählen. Sein kurzer Ueberblick über die verschiedenen Zwänge, welche diese Freiheit im Laufe der Zeit beschnitten haben, mündet in die Beschreibung eines heutigen Staates, der der necessitas völlig unterworfen ist: Arbeitsschutz, Sozialversicherung und Planung sind unumgänglich, und vielleicht hat die technische Entwicklung die Notwendigkeit sozialer Gestaltung als Bestimmungsfaktor bereits überholt. Die Demokratie fällt notwendigerweise der Komplizierung und Technisierung zum Opfer. (25) Nimmt der Staat eine Aufgabe einmal nicht wahr, so wird sie Betätigungsfeld privater Interessen, und er muss als Lückenbüsser die angerichteten Schäden reparieren, wie das bei der Raumplanung und dem Umweltschutz der Fall ist. (26)

SCHEFOLD stellt fest, dass die konkreten Aufgaben des Staates sich trotzdem nicht einfach ergeben, sondern bestimmt werden, jedoch nicht von Parlament und Volk, sondern durch die bestimmenden Kräfte der wirtschaftlich-technischen Entwicklung. (27) In der Geschichte förderten sich wirtschaftliche Entwicklung und Demokratisierung bis zu einem bestimmten Punkt gegenseitig, weil die Wirtschaft nach dem Scheitern des absolutistischen Merkantilismus auch politische Freiheit forderte. (28) Den Bruch im Gleichschritt von Demokratisierung und wirtschaftlicher Entwicklung setzt SCHEFOLD dort an, wo der Staat für die Bedürfnisse der Wirtschaft genug stark und genug auf sie eingestellt war, weshalb sie die Bewahrung der demokratischen durch die Bewahrung der wirtschaftlichen Freiheit ersetzen konnte. (29) Die Grundrechte hörten auf, Mittel zur Gestaltung der Gesellschaft zu sein, und Staat und Gesellschaft wurden scharf voneinander getrennt. Das demokratische Prinzip wird auf die Willensbildung nur im Staat beschränkt und verliert, weil es isoliert ist, die Steuerungsfunktionen. (30) Charakteristisch für die Entwicklung ist, dass der Staat die Befriedung sozialer Gegensätze zur Erhaltung der Stabilität durchaus zu seinen Aufgaben zählt, während der Versuch, die gleichen Probleme durch neue Bestimmung seiner verfassungsmässigen Funktion zu lösen, am erbitterten Widerstand des Liberalismus gescheitert

(25) "Unabhängig davon, ob die Schemata stimmen, bilden sie jedenfalls das politische Bewusstsein": S. 5.

(26) S. 9 f.

(27) "Technik und Wissenschaft als Ideologie": S. 11, vgl. auch S. 10.

(28) S. 12 ff.

(29) S. 16 f. Die Spaltung fand ihren Niederschlag in der sozialen Frage im neunzehnten Jahrhundert.

(30) S. 18 f., S. 20.

war. (31) In dieser Situation wird auch eine gut ausgebaute Demokratie zur Enttäuschung. (32) Wenn Werte und Ziele ausserhalb des Staates festgelegt werden, reduziert sich die demokratische Freiheit auf die Einsicht in das Notwendige. (33)

Während SCHEFOLD beansprucht, die tatsächliche Entwicklung zu beschreiben, konzentrieren sich andere Autoren auf die parallel verlaufende Geschichte der Demokratietheorien, also der Vorstellungen über den Sinn der Demokratie.

Diese Geschichte ist geprägt vom Gegensatz zwischen normativen und empirischen Theorien, d.h. von solchen, die eine bestimmte Ordnung der Gesellschaft fordern und solchen, die ihre Funktionsweise beschreiben. Die meisten Theorien enthalten beide Elemente. So waren die klassischen, bürgerlichen Demokratiemodelle normativ, denn sie wollten über die politische Teilnahme die Volkssouveränität und letztlich die Freiheit des Einzelnen garantieren. Gleichzeitig glaubten sie, die Voraussetzungen zur Verwirklichung des Modells in der als harmonisch beschriebenen Gesellschaft vorzufinden, wiesen also auch einen empirischen Aspekt auf. (34)

Als sich die Gesellschaft zur Zeit der Industrialisierung alles andere als harmonisch entwickelte, drohte Demokratie im herkömmlichen Sinn zu einem leeren Versprechen zu werden. (35) Deshalb versuchte die Pluralismustheorie, Norm und Wirklichkeit wieder in Einklang zu bringen, indem sie an Stelle des einheitlichen Volkswillens konkurrierende Gruppeninteressen setzte, denen ein demokratisches System gleiche Durchsetzungschancen gewährt. (36) Die zweite Annahme erwies sich als falsch, weshalb die revidierte Pluralismustheorie der amerikanischen Soziologie den normativen Gehalt praktisch auf Null reduzierte und als Demokratie ein System bezeichnete, in welchem konkurrierende Eliten mit der in Wahlen geäusserten Zustimmung der im übrigen apolitischen Massen die Macht in Händen halten. (37) Den letzten Schritt vollzog LUHMANN, der die Handlungsfähigkeit des politischen Systems ins Zentrum stellte und den Menschen nicht mehr als Teil des sozialen Systems, sondern als dessen problematische Umwelt begriff. (38) Die Kritiker

(31) S. 20.

(32) S. 23.

(33) S. 4.

(34) ZIMPEL, S. 26 ff., insbes. S. 29.

(35) A.a.O., S. 79 ff.

(36) Dazu eingehend SCHARPF, S. 29 ff.; vgl. auch SCHAFFHAUSER, S. 143 f.

(37) SCHARPF, S. 35 ff.; ZIMPEL, S. 116 ff.; SCHAFFHAUSER, S. 144 ff.

(38) Die Demokratie bedeutet für ihn deshalb nur noch die (notwendige) Erhaltung von Komplexität und eines möglichst grossen Selektionsbereichs; vgl. SCHAFFHAUSER, S. 145 ff. Die

der revidierten Pluralismustheorie rügen vor allem, dass sie im Bestreben, realistisch zu sein, die Wirklichkeit zur Norm erhebt (39), und weisen ihr nach, dass sie trotz Beschwörung von wissenschaftlicher Wertfreiheit auch einen normativen Gehalt hat und die Stabilität des politischen Systems ins Zentrum stellt. (40)

Auch die Geschichte der Theorie spiegelt also das zunehmende Uebergewicht der *necessitas* wider. Ob die zwei geschilderten Gedankengänge den Beweis für die Entdemokratisierung erbringen oder nur in wissenschaftlichem Stil ein Gegenwartsproblem beschreiben, ist gleichgültig. Auf beide Arten können sie zeigen, weshalb es m.E. falsch wäre, heute Versuche zur Belebung der Demokratie als identitär anzuprangern. Politisch ist das Bedürfnis, das in den Konsultativabstimmungen zum Ausdruck kommt, deshalb gerechtfertigt.

Das heisst nicht, dass Konsultativabstimmungen ein taugliches Mittel zur Befriedigung dieses Bedürfnisses seien. Wir werden im zweiten Teil dieser Arbeit eher zum gegenteiligen Schluss kommen. Ausserdem wäre es gar nicht im Sinne von Autoren wie SCHEFOLD oder ZIMPEL, die Lösung von der Einführung oder Reform einzelner direktdemokratischer Institutionen zu erwarten. Weil sie das Uebel an der Wurzel lokalisiert haben, sind sie, was die Heilung betrifft, pessimistisch. (41)

Vorstellung vom Menschen als der problematischen Umwelt des sozialen Systems ist erschreckend und muss entschieden abgelehnt werden, weil sie Resignation bedeutet. Sie geistert natürlich vorab in der Planung herum; vgl. z.B. Leonhard NEIDHART, Möglichkeiten und Schranken der "politischen Planung" in der Referendumsdemokratie, NZZ vom 31. März 1974 Nr. 151 S. 37.

(39) ZIMPEL, S. 143 f., S. 167 ff. Der Gegensatz von Akklamation und Selbstbestimmung ist das Hauptthema ihrer kritischen, aber gerechten und in dieser Spannung vorzüglichen Arbeit.

(40) ZIMPEL, S. 116 ff., S. 132 ff.; PATEMAN, S. 15.

(41) Vgl. SCHEFOLD, S. 27 ff., insbes. S. 31; ZIMPEL, S. 208 ff.

ZWEITER TEIL

DIE STAATSRECHTLICHE GRUNDPROBLEMATIK DER KONSULTATIVABSTIMMUNG

§ 1 VORBEMERKUNGEN

Nachdem wir uns im ersten Teil dieser Arbeit mit den verschiedenen Arten von Konsultativabstimmungen, ihren Ursachen und politischen Funktionen vertraut gemacht haben, sollen in diesem und im folgenden dritten Teil die Rechtsprobleme zur Sprache kommen.

Wegen der grossen tatsächlichen Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten von Abstimmungen ist es unmöglich, zunächst die "Rechtsnatur" der Konsultativabstimmung zu bestimmen, um sodann die Antworten auf die einzelnen Fragen daraus abzuleiten. Andererseits ginge bei einer völlig getrennten Behandlung der verschiedenen Gruppen die Einheit der rechtlichen Problematik verloren. Ich werde deshalb von den Rechtsfragen ausgehen, jedoch die Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten von Konsultativabstimmungen berücksichtigen.

Einzelne Rechtsfragen sind besonders brennend, weil in ihnen das Grundproblem deutlicher hervortritt. Sie fallen zusammen mit den häufigsten Vorbehalten, welche in Literatur und Rechtsprechung der Konsultativabstimmung gegenüber angebracht werden. Sie sollen deshalb vorweg in diesem zweiten Teil behandelt werden, der so das Kernstück meiner Arbeit und die Grundlage für die Fortsetzung bildet. Die Vorbehalte lauten:

1. Die Konsultativabstimmung beeinträchtigt die Entscheidungsfreiheit des zuständigen Organs.
2. Sie erlaubt dem zuständigen Organ, seine Verantwortung abzuwälzen.
3. Eine Volksabstimmung ohne Entscheidungswirkung verkennt das Wesen der direkten Demokratie.
4. Sie ist plebiszitär.

Die ersten zwei Einwände stellen das zuständige Organ in den Mittelpunkt und führen zur Frage, ob eine Konsultativabstimmung eine Verletzung der vorgegebenen Kompetenzordnung bedeute. (1) Der dritte Einwand ist aus der umgekehrten Blickrichtung formuliert und führt zur Frage, ob Konsultativabstimmungen im Hinblick auf die Stellung der Stimmbürger im Staatsgefüge und die Bedeutung der gewöhnlichen Abstimmungen abzulehnen seien. (2) Ob der Vorwurf, die Konsultativabstimmung sei plebiszitär, daneben noch eine selbständige Bedeutung hat, muss noch geprüft werden. (3)

(1) Vgl. § 2.

(2) Vgl. § 3.

(3) Vgl. § 4.

§ 2 DER KONFLIKT MIT EINER VORGEgebenEN KOMPETENZORDNUNG

I. PROBLEM UND VORGEHEN

Weil die Stimmbürger bei einer Konsultativabstimmung immer über eine Materie aus dem Zuständigkeitsbereich eines andern Organs oder einer andern Gebietskörperschaft abstimmen (1), stellt sich die Frage, ob sie diese Zuständigkeit verletzen.

Würde das Volk in unbewusster oder willentlicher Ueberschreitung seiner Kompetenzen einen verbindlichen Entscheid fällen, wäre die Verletzung ohne weiteres zu bejahen. (2) Die Bezeichnung der Abstimmung als konsultativ, unverbindlich o.ä. bringt aber zum Ausdruck, dass eine solche Kompetenzverschiebung nicht beabsichtigt ist. Die Frage ist, ob diese andere Wertung ihren Zweck erreicht. Mit der Antwort ist auch ein Argument für die weitere Frage gewonnen, ob die Konsultativabstimmung eine gesetzliche Grundlage brauche.

Weil bei Abstimmungen im Kompetenzbereich von Exekutive und Parlament das Problem am deutlichsten ist, wollen wir diese Gruppe zuerst behandeln und nachher für die anderen prüfen, welche abweichenden Ueberlegungen nötig sind. Weil die Problematik aber letztlich überall die gleiche ist, lassen sich die Argumente, welche ein Gericht oder ein Autor im Hinblick auf einen ganz bestimmten Fall vorbringen, fast immer auf die andern übertragen.

II. ABSTIMMUNGEN IM KOMPETENZBEREICH VON EXEKUTIVE UND PARLAMENT

1. Lehre und Rechtsprechung: Analyse der möglichen Stellungen

a) Abstellen auf die rechtliche Unverbindlichkeit

In seinem Aufsatz geht DERENDINGER von der Vorstellung aus, eine Konsultativabstimmung könne keine Zuständigkeiten verletzen, weil sie rechtlich unverbindlich sei. (3) Deutlich ausgesprochen ist diese Ansicht bei ETTER:

(1) Vorn S. 7.

(2) Ebenso GIACOMETTI, S. 306 ff.; RUCH, S. 345 f.; NAWIASKY, S. 4.

(3) S. 400 u. 403.

"Der praktische Sinn der Delegation nach oben, ..., kann auf rechtlich zulässige Weise verwirklicht werden. Dem Gemeinderat geht es bei Geschäften, welche er der Gesamtheit delegiert, hauptsächlich darum, nicht gegen die Mehrheit zu entscheiden oder eventuell die politische Verantwortung für einen Entscheid nicht allein tragen zu müssen. Gibt man nun der Abstimmung ... jenen Sinn, den sie wegen der Unzulässigkeit der Uebertragung von gemeinderätlichen Kompetenzen an die Gesamtheit rechtlich allein haben kann: den Sinn einer blossen Meinungsbefragung ohne Verbindlichkeit, so ist dieser Zweck im grossen ganzen erreicht. Da damit keine Zuständigkeit verschoben wird, ist rechtlich kaum etwas dagegen einzuwenden." (4)

b) Abstellen auf die politische Verbindlichkeit

Die Ansicht, eine Konsultativabstimmung stelle eine unzulässige Abänderung der Kompetenzordnung dar, wenn sie im Konkreten Fall politisch verbindlich sei, d.h., wenn die zum Entscheid aufgerufene Behörde nicht mehr anders als im Sinne des Abstimmungsergebnisses entscheiden könne, wird wiederholt geäussert, am deutlichsten von NAWIASKY in seinem Gutachten zur Frage der Zulässigkeit der Abstimmung im Kanton Basel-Landschaft:

"Immerhin ist die Auffassung vertretbar, dass, politisch gesehen, eine solche Meinungsäusserung des Volkes ein gewisses Gewicht besitzen ... würde, Mit Rücksicht auf diesen Umstand liesse sich doch von einer gewissen Verschiebung der Gewichte sprechen und daraus der Schluss ziehen, dass eine solche in der verfassungsmässigen Ordnung nicht vorgesehen sei und daher mit ihr nicht vereinbar wäre. So kommt man zum Ergebnis, es hängt von der politischen Bewertung des erwähnten Einflusses ab, ob man die konsultative Befragung des Volkes als zulässig oder ausgeschlossen erachten will." (5)

Das gleiche Argument führt, wenn auch nicht als einziges, GIACOMETTI in seinem Aufsatz zur Zulässigkeit der gleichen Abstimmung an. (6) Ebenso verneint die Justizdirektion des Kantons Basel-Landschaft die Zulässigkeit einer Konsultativbefragung: "..., wo die zuständigen Organe in ihrer verfassungsrechtlich garantierten Entschlussfreiheit gehindert oder beeinträchtigt werden." (7), wäh-

(4) Christoph ETTER, Die Gewaltendifferenzierung in der zürcherischen Gemeinde, Diss. Zürich 1967, S. 72.

(5) S. 6. Zum Sachverhalt vgl. vorn S. 33.

(6) GIACOMETTI, S. 309 f. An seine Feststellung knüpfen verschiedene andere Autoren an: BRINER, S. 81; RUCH, S. 346 f.; MUELLER/SALADIN, Problem, S. 424.

(7) S. 6; ebenso RR OW, S. 5.

rend das Verwaltungsgericht Schwyz die Konsultativabstimmung ohne weiteres als faktische Kompetenzverschiebung behandelt. (8)

c) Abstellen auf das Abschieben von Verantwortung

Verschiedene Autoren stellen fest, dass eine Konsultativabstimmung immer dann eine unzulässige Kompetenzverschiebung bedeute, wenn sie den Behörden erlaube, ihre Verantwortung auf die Stimmbürger abzuwälzen (9), bzw. dass dies immer der Fall sei. (10)

d) Abstellen auf den Organcharakter der Gesamtheit der Stimmbürger

Nach einigen Stellungnahmen ist aus der besonderen Natur des Organs "Stimmbürger" abzuleiten, dass dieses mit jeder Meinungsäusserung Kompetenzen wahrnehme und deshalb andere Zuständigkeiten verletze, wenn dafür keine Verfassungsgrundlage vorhanden sei. So schreibt GIACOMETTI:

"Die Gesamtheit der Stimmberechtigten ist ja in der Referendumsdemokratie das höchste staatliche Organ; dieses kann aber nicht konsultiert werden Das will heissen, die Gesamtheit der Stimmberechtigten kann nicht im Verfahren der Volksabstimmung, in dem sie ihre Kompetenzen ausübt, zugleich Gegenstand statistischer Erhebungen im Sinne einer unverbindlichen Befragung sein," (11)

Eine ähnliche Idee äussert RUCH, wenn er annimmt, das Volk nehme bei jeder Abstimmung Organkompetenzen wahr. (12) Ausnahmsweise sei an dieser Stelle auch auf einen Fall aus dem Ausland verwiesen, denn am deutlichsten kommt diese Auffassung in jenem Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck, in welchem es über die Zulässigkeit von Volksbefragungen in den Ländern Hamburg und Bremen über die Bewaffnung der Bundeswehr mit Atomwaffen zu entscheiden hatte: "Verfassungsorgane handeln organschaftlich, d.h. sie üben Staatsgewalt aus, nicht nur wenn sie rechtsverbindliche Akte setzen, sondern auch, wenn sie von Befugnissen Gebrauch machen, die nicht unmittelbar verbindliche Wirkung hervorrufen." Das Tätigwerden von Staatsorganen - in

(8) SZ, VGE 585/80 S. 21.

(9) Enzlin SPEISER, Die Basler Wiedervereinigung als Problem des schweizerischen Verfassungsrechts, Diss. Zürich 1958, S. 258; Justizdir. BL, S. 13.

(10) RUCH, S. 349; GIACOMETTI, S. 310.

(11) S. 309

(12) S. 351

welcher Form und mit welchen Wirkungen auch immer – sei aber durch Kompetenznormen beschränkt. (13)

Nicht ausdrücklich, aber dem Sinne nach hat auch das Bundesgericht schon erwogen, die Stimmbürger in jedem Fall als Organ zu behandeln. In BGE 104 Ia 343 ff. hatte es zu entscheiden, ob es zulässig sei, mit einer kantonalen Gesetzesinitiative zu verlangen, dass Stellungnahmen des Kantons im Rahmen von Vernehmlassungen des Bundes betreffend Atomkraftwerke der Volksabstimmung zu unterstellen seien, oder ob das Begehren die Form der Verfassungsinitiative haben müsse. Für das zweite sprach seiner Meinung nach der Umstand, dass eine "extension des droits populaires" vorliege, für das erste "la nature particulière du préavis que le canton est appelé à donner", d.h. der Umstand, dass in der Abstimmung kein Entscheid gefällt wird. In unserem Zusammenhang heisst das, dass das Bundesgericht unschlüssig war, ob es den Organcharakter der Stimmbürger oder die rechtliche Unverbindlichkeit der Abstimmung als ausschlaggebendes Kriterium betrachten solle. (14)

Zum Schluss wollen wir uns fragen, ob aus dem Eintreten des Bundesgerichts auf die Stimmrechtsbeschwerden in den Fällen Wädenswil und Richterswil geschlossen werden könne, die Stimmbürger übten auch bei Konsultativabstimmungen Organkompetenzen aus. Offenbar wollte eine starke Minderheit von Richtern auf die Beschwerden nicht eintreten, weil Konsultativabstimmungen dem Vorfeld politischer Entscheidungsfindung zuzuweisen und nicht "Ausübung politischer Rechte nach demokratischer Form" (15) seien, welche zu schützen Funktion der Stimmrechtsbeschwerde ist. (16) Siegreich war die gegenteilige Meinung. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde ein, weil eine Konsultativabstimmung "in den spezifischen äusseren Formen des Abstimmungsverfahrens erfolgt und zur Teilnahme daran die Gesamtheit der Stimmbürger aufgerufen ist." (17) Während das deutsche Bundesverfassungsgericht einen weiteren Schritt vollzieht und von der Form, vom Verfahren auf die Ausübung von Staatsgewalt schliesst, bleibt das Bundesgericht

-
- (13) BVerfGE 8, 114 und 116 f. Diese Ueberlegung bildete die Vorstufe zum Entscheid des Bundesverfassungsgerichts, die Volksabstimmungen in den Ländern verletzen die Zuständigkeit der Bundesorgane; vgl. hinten S. 87. Sie gilt aber für die hier zur Diskussion stehende horizontale Kompetenzausscheidung viel eher als dort.
- (14) Es entschied sich für die Verfassungsstufe, jedoch ohne eingehende Prüfung, weil die Initiative auch als Verfassungsinitiative verstanden werden konnte: BGE 104 Ia 348.
- (15) Art. 6 Abs. 2 lit. b) BV.
- (16) MUELLER/SALADIN, Problem, S. 431.
- (17) BGE 104 Ia 228; zustimmend: MUELLER/SALADIN, a.a.O.

aber vage. Es behandelt die Konsultativabstimmung als Konkurrenz der ordentlichen Abstimmungen, ohne zu entscheiden, ob sie selbst auch eine sei. Jedenfalls lassen die Urteile den Schluss, nach Ansicht des Bundesgerichts handelten die Stimmbürger auch bei Konsultativabstimmungen als Organ, nicht zu. (18)

e) Abstellen auf den Sinn der kompetenzbegründenden Norm

Einen weiteren Ansatz zur Behandlung unseres Problems enthält eine Passage bei MUELLER/SALADIN:

"Nicht zulässig ist die Durchführung einer Konsultativabstimmung dann, wenn ein anderes Organ als das allenfalls zu befragende Stimmvolk in einer Rechtsnorm zum Entscheid als zuständig erklärt wird und ausdrücklich oder nach der ratio legis der Kompetenzbestimmung eine Volksbefragung ausgeschlossen ist." (19)

M.E. sind die Stimmbürger bei einer Konsultativabstimmung immer unzuständig, sonst müsste ihnen der rechtsverbindliche Entscheid überlassen werden. Stellt man nun auf die politische Verbindlichkeit der Konsultativabstimmung ab, so macht man ihren konsultativen Charakter zur Variablen, und die Zulässigkeit der Abstimmung hängt von der Intensität des Eingriffs in eine fremde Kompetenz ab. Im Gegensatz dazu wenden sich MUELLER/SALADIN der kompetenzbegründenden Norm zu und berücksichtigen die "Unverbindlichkeit" nur indirekt, aber immer gleich, indem ihre wegen Konsultativabstimmungen zulässig sein können, sofern die Norm, welche das Parlament oder die Regierung für zuständig erklärt, die Mitwirkung der Stimmbürger nicht in qualifizierter Weise ausschliesst. Als Beispiele von dergestalt qualifizierten Normen nennen sie Art. 27 der Berner KV, wonach der Grosse Rat die ihm durch die Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Verrichtungen an keine andere Behörde übertragen darf, sowie Art. 79 des bernischen Strassengesetzes, welcher der Gemeindeexekutive alle Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Nationalstrassenbau überträgt und - wie die Materialien bestätigen - die Mitwirkung der Stimmbürger bewusst ausschliesst. (20) Allerdings heben die Autoren die Unterscheidung von gewöhnlichen und qualifizierten Kompetenznormen wieder auf, wenn sie an anderer Stelle feststellen, für eine Konsultativabstimmung über die Erhebung einer Standesinitiative bleibe dann kein Raum, wenn der Entscheid darüber einem andern Organ zugewiesen sei, weil diese Zuständigkeit "wohl abschliessend" sei. (21)

(18) Ebenso MUELLER/SALADIN, a.a.O., S. 434.

(19) Problem, S. 439; DIES., Zulässigkeit, S. 16.

(20) Problem, S. 439 f.

(21) A.a.O., S. 441 Anm. 128.

2. Synthese

Eine Kompetenznorm weist einem Organ oder einer Gebietskörperschaft ihre Funktionen zu, beschränkt die Tätigkeit auf diese Funktionen (22) und grenzt sie von der Tätigkeit anderer Organe und Gebietskörperschaften ab. Weil die Konsultativabstimmung erklärtermassen an dieser Ordnung nichts ändern will, sondern überhaupt ausserhalb von ihr stattfindet, scheint sie sie nicht zu verletzen. (23) Sobald man aber sowohl das Wesen der Kompetenz als auch die Konsultativabstimmung auf ihren materiellen Gehalt hin prüft, ändert sich das Bild.

Im Begriff der Kompetenz sind sinngemäss zwei weitere Elemente eingeschlossen, die so selbstverständlich sind, dass sie ausdrücklich nie genannt werden; gerade in Stellungnahmen zur Konsultativabstimmung werden sie aber häufig vorausgesetzt. Erstens verbindet man mit diesem Begriff die Vorstellung einer gewissen Macht oder Freiheit. Das zuständige Organ kann innerhalb des durch die Kompetenznorm vorgezeichneten Rahmens in eigener Regie handeln. Die rein mechanische Ausführung einer Aufgabe ohne Bewegungsfreiheit beruht höchstens auf einer Scheinkompetenz. Zweitens enthält der Kompetenzbegriff das Element der Verantwortung. Die zuständige Behörde oder Amtsperson hat die Pflicht, das eigene Handeln als gesellschaftlich wertvoll oder mindestens zumutbar begründen zu können. (24) Die Rechtsordnung garantiert die Einhaltung dieser Pflicht, abgesehen von strafrechtlichen Sanktionen, dadurch, dass die Behörden sich zur Wiederwahl stellen müssen. (25) Die beiden Elemente sind eng miteinander verbunden, weil verantwortliches Handeln Freiheit voraussetzt und nicht möglich ist, wo es wegen äusserer Zwänge nur eine Lösung gibt.

Allerdings führt nicht jede Beschränkung der Entscheidungsfreiheit zu einer Kompetenzverletzung. Das zuständige Organ ist bei jedem Entscheid den Druckversuchen der interessierten gesellschaftlichen und politischen Gruppen ausgesetzt. Bei den Konsultativabstimmungen wird diese Gruppe jedoch von den Stimmbürgern

(22) HANGARTNER, S. 41.

(23) So die Ansicht von ETTER und DERENDINGER, vorn S. 74 f.

(24) Ganz anders ist der Begriff der Verantwortung in Art. 48 ff. des VE der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung zu verstehen. Er ersetzt den Begriff der Kompetenz und betont, dass das zuständige Gemeinwesen nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht hat, eine Staatsaufgabe zu erfüllen (Bericht Bern 1977, S. 113)

(25) Das Abwälzen von Kompetenzen auf das Volk trifft deshalb auf wenig Widerstand von seiner Seite, weil es nicht von einem weiteren Organ zur Verantwortung gezogen wird.

gebildet, die einerseits besonders empfindlich reagieren, weil sie es gewohnt sind, dass ihre Entscheide befolgt werden, und andererseits mit der Wahlbefugnis ein Druckmittel in den Händen haben, das alle anderen an Wirksamkeit übertrifft. Das gilt insbesondere für Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament, wo die Behörden tatsächlich ihren Wählern gegenüberstehen und wo sie keine Vorkehren zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit treffen, weil die Verlagerung der Entscheidungsmacht oder der Verantwortung oder von beidem auf die Stimmbürger gerade beabsichtigt ist. (26) Diese Abstimmungen bedeuten eine Kompetenzverletzung, weil sie faktisch verbindlich sind. (27) Wir schliessen uns damit jenen Autoren an, welche auf die politische Verbindlichkeit oder das Abschieben von Verantwortung abstellen. Im Gegensatz von DERENDINGER und ETTER haben sie erkannt, dass eine begrifflich-scharfe, logisch-zwingende Unterscheidung von "nur" politisch und "auch rechtlich" verbindlichen Akten nicht möglich ist, weil Staatsrecht politisches Recht ist. (28)

Während aus dieser Sicht die Stimmbürger nur eine pressure-group mit besonderen Eigenschaften sind, verdichten sich diese Eigenschaften in der Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Organstellung. Wo ein staatliches Organ in seinem gewohnten Verfahren über Fragen aus fremden Zuständigkeitsbereichen befindet, muss man die Kompetenzverletzung ohne weiteres und unabhängig von der faktischen Machtverschiebung bejahen. Für die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts spricht auch die folgende Ueberlegung: Als greifbare, soziale Wirklichkeit gibt es "die Stimmbürger" nicht. Als Einheit verdanken sie ihre Existenz einzig dem Recht. (29) Im Gegensatz zu einer Einzelperson, bei der unterschieden werden muss, ob sie als Privatperson oder in staatlicher Funktion auftritt (30), haben die Stimmbürger keine Möglichkeit, als rechtlich nicht-verfasst aufzutreten. Gerade die Auseinandersetzung mit der Konsultativabstimmung zeigt aber, dass diese Ueberlegung bei aller Klarheit zu sehr dem normativen Denken verpflichtet ist. Denn rein informative Abstimmungen, bei denen das Volk nicht als Organ auftritt, sind denkbar, wenn auch selten.

(26) Vgl. zur demokratischen Funktion vorn S. 64.

(27) Vgl. vorn S. 61.

(28) MUELLER/SALADIN, Zulässigkeit, S. 7.

(29) Vgl. auch Urs AFFOLTER, Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie und der Begriff der politischen Rechte, Diss. Zürich 1948, S. 59: "Das Volk als Faktor der Verfassung und des Staatsrechts, die Gesamtheit der Bürger, denen politische Rechte zustehen, ist eine durch das positive Recht geschaffene juristische Einheit."

(30) Vgl. z.B. Art. 61 Abs. 2 OR (BG vom 30. März 1911 betreffend das Obligationenrecht, SR 220).

Keinen Platz in diesem Gedankengang fand die Idee von MUELLER/SALADIN. M.E. ist die Auffassung, wonach ein Organ je nach Formulierung oder Geschichte der einschlägigen Kompetenznorm mehr oder weniger Konkurrenz dulden müsse, mit dem Sinn der Kompetenzordnung unvereinbar. (31) Das zuständige Organ soll seinen Entscheid in Freiheit fällen können, ist dafür verantwortlich und geniesst für die Durchsetzung die Unterstützung des Rechtsapparats. Diese Grössen sind nicht variabel. Es steht nie zur Diskussion, ob "nach der ratio legis der Kompetenzbestimmung eine Volksbefragung ausgeschlossen ist" (32), denn in diesem Ausschluss liegt gerade ein guter Teil der ratio legis.

III. ANTIZIPIERENDE ABSTIMMUNGEN

In diesem Abschnitt geht es um die Frage, ob eine Konsultativabstimmung auch eine Verletzung der Kompetenzordnung bedeute, wenn sie eine Grundsatz- oder Detailfrage zu einem referendumpflichtigen Erlass betrifft, wenn also damit zu rechnen ist, dass die Stimmbürger in einer späteren Abstimmung in der gleichen Sache entscheiden werden.

An verschiedenen Stellen werden antizipierende Konsultativabstimmungen als weniger problematisch bezeichnet. (33) Das wirft in unserem Zusammenhang die Fragen auf, ob es bei ihnen gar nicht zum Konflikt mit einer fremden Zuständigkeit komme, weil die Stimmbürger auch zur Vorbereitung von Referendumsvorlagen zugelassen sind, oder ob die Abstimmung zwar in eine fremde Zuständigkeit eingreife, diese aber nicht verletze, weil sie nicht zu einer faktischen Kompetenzverschiebung führt.

(31) Diese Kritik fällt mir - abgesehen davon, dass die Autoren überlegene Staatsrechtler sind - umso schwerer, als ihre Idee, nach dem Tenor des Aufsatzes zu schliessen, aus dem Bemühen herausgewachsen ist, die Chancen der Konsultativabstimmung und damit der direktdemokratischen Bürgerbeteiligung zu verbessern.

(32) MUELLER/SALADIN, Problem, S. 439.

(33) MUELLER/SALADIN, Problem, S. 440; Justizdir. BL. S. 7; RUCH, S. 347; SZ, VGE 358/80, S. 20. Der Umstand, dass es im Fall Wädenswil um eine antizipierende Konsultativabstimmung ging, erleichterte es dem Bundesgericht sehr, sie für zulässig zu erklären: BGE 104 Ia 235. Die positive Einstellung DERENDINGERS zur Konsultativabstimmung hängt damit zusammen, dass er ausschliesslich antizipierende im Auge hat.

Die erste Ueberlegung ist nicht richtig. Die Verfassungen und Gemeindeordnungen sehen auch für die Ausarbeitung von Abstimmungsvorlagen eine eindeutige Kompetenzausscheidung vor. Sie ist prinzipiell den Repräsentativorganen vorbehalten, denn nur sie sind überhaupt im Stande, die notwendige Aufbauarbeit zu leisten, d.h. Informationen zu sammeln, Interessen gegeneinander abzuwägen, Rechtssätze zu formulieren und das Detail und das Ganze zur Uebereinstimmung zu bringen. (34) Allerdings sehen viele Verfassungen und Gemeindeordnungen vor, dass die Stimmbürger an dieser Vorarbeit teilnehmen, indem sie verbindliche Vorentscheide fällen. (35) Die verfassungsmässige Regelung der Grundsatzabstimmung zeigt aber gerade, dass sie ausgeschlossen sein soll, wo eine solche fehlt. Sie ist auch deshalb notwendig, weil es gegen die Grundsatzabstimmung ernst zu nehmende Einwände gibt, die im Rechtssetzungsverfahren diskutiert werden müssen. (36) Einzig in Gemeinden mit Gemeindeversammlung trifft die Vorstellung von einer scharfen Trennung zwischen der Formulierung einer Vorlage durch die Repräsentativorgane und der Beschlussfassung durch die Stimmbürger nicht zu, weil diese die Möglichkeit haben, Anträge auf Nichteintreten, Verschiebung oder Abänderung zu stellen, die Vorlage also mitgestalten. (37) Hier greift eine Konsultativabstimmung nicht in eine fremde Zuständigkeit ein (38), hingegen konkurriert sie mit der Entscheidungsbefugnis der Stimmbürger in der Gestaltungsphase. (39) In allen anderen Fällen müssen wir vom Eingriff in eine fremde Zuständigkeit ausgehen.

Dieser Eingriff bedeutet praktisch immer eine Kompetenzverletzung. Oft ist eindeutig, dass die Behörden den Stimmbürgern eine Grundsatz- oder Detailfrage vorlegen, um ihnen in diesem Punkt die Verantwortung zu übertragen. Sie erklären zu diesem Zweck die Abstimmung von Anfang an für verbindlich. Weil eine solche eindeutige Situation auch im Fall Wädenswil vorlag, ist es bedauerlich, dass das Bundesgericht in BGE 104 Ia 226 ff. der Frage des Kompetenzkonflikts ausgewichen ist. (40)

(34) Vgl. z.B. Art. 85 Ziff. 1 u. 2 und Art. 102 Ziff. 4 BV sowie HERNEKAMP, S. 61 u. S. 114, und Hans HUBER, Rechtsgutachten, S. 3 f. Das Gutachten von HUBER ist ein fast leidenschaftliches Plädoyer für das Prinzip der Repräsentation in der Rechtssetzung.

(35) Zu den einzelnen Rechtsgrundlagen vgl. hinten S. 103 f.

(36) A.M. BRINER, S. 126 ff., S. 133 f., S. 164 ff., insbes. S. 168.

(37) Vgl. HERNEKAMP, S. 92.

(38) Insofern ist der Standpunkt von BRINER (vorn Anm. 36) zutreffend.

(39) Vgl. zum Unterschied von konsultativen und rechtlich verbindlichen Abstimmungen den folgenden Paragraphen.

(40) Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass eine Passage des Entscheids nur im Zentralblatt (80/1979 S. 262 f.) abgedruckt ist. Sie enthält ein Zitat aus der Weisung des Wädenswiler Stadtrates an die Stimmbürger, in der er feststellt:

Im Gegensatz zu den Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament kann eine antizipierende Konsultativabstimmung theoretisch nicht nur der Ausdehnung der direkten Demokratie dienen, sondern auch der Feststellung der Volksmeinung im Sinne einer Tatsache. Eine solche Abstimmung wäre keine Kompetenzverletzung. (41) Wegen der "Eigengesetzlichkeit der Referendumsdemokratie" (42) würde das voraussetzen, dass der letzte Zweifel über den Sinn der Abstimmung beseitigt wäre und die Behörden vorher erklären würden, sie hätten nicht im Sinn, sich a priori an das Ergebnis zu halten. In der Praxis sind solche Erklärungen unterblieben und hat es m.E. nie eine reine Informationsabstimmung gegeben. Vielmehr haben sich die Behörden bei allen antizipierenden Abstimmungen gewollt oder unbewusst einem grossen politischen Druck ausgesetzt und die Grenzen der direkten Demokratie erweitert. Weil das Bundesgericht im Fall Wädenswil diese Situation im Grunde erkannt hatte, sich aber doch nicht entschliessen konnte, einfach von einem Volksentscheid ohne verfassungsmässige Grundlage zu sprechen, wählte es die widersprüchliche Formulierung, die Konsultativabstimmung sei dazu bestimmt, die Meinung des Souveräns autoritativ festzulegen. (43)

Das Wohlwollen gegenüber der antizipierenden Konsultativabstimmung in Literatur und Judikatur entspringt der Erkenntnis, dass es wünschbar oder mindestens diskutabel ist, das Volk vermehrt in die Vorbereitung von referendumpflichtigen Erlassen einzubeziehen. (44) Die rechtspolitische Wünschbarkeit rechtfertigt aber nicht eine Verschiebung der Zuständigkeit ohne Verfassungsgrundlage. (45) Zudem müssten unter diesem Gesichtspunkt Konsultativabstimmungen in Materien, für welche die Stimmbürger überhaupt nicht zuständig sind, mit der gleichen Milde beurteilt werden, weil auch sie dort auftauchen, wo die Umschreibung der referendumpflichtigen Erlasse zu eng ist.

"Ueblicherweise steht es dem Stadtrat zu, Planung und Projektierung eines öffentlichen Bauvorhabens in die Wege zu leiten und damit auch schon einen Standort für die Anlage zu bestimmen." Somit war auch die Unzuständigkeit der Stimmbürger unbestritten.

(41) Vgl. vorn S. 63 u. S. 60.

(42) GIACOMETTI, S. 309.

(43) BGE 104 Ia 228.

(44) Vgl. auch BGE 104 Ia 233.

(45) Ebenso RUCH, S. 347.

IV. ABSTIMMUNGEN IM ZUSTAENDIGKEITSBEREICH EINER UEBERGEORDNETEN GEBIETSKOERPERSCHAFT

1. Das Problem

Bei den bis jetzt besprochenen Konsultativabstimmungen stehen sich zwei Organe gegenüber; jetzt sind es zwei Gebietseinheiten: die zuständige Gebietskörperschaft und – je nach Sachverhalt – eine Region, ein Kanton oder eine Gemeinde. Eine konkrete Abstimmung gehört oft gleichzeitig zu beiden Gruppen, weil sie die Kompetenz des übergeordneten Gemeinwesens zum Entscheid und die Kompetenz der Exekutive des abstimmenden Gemeinwesens zur Vernehmlassung tangiert. Auch in diesen Fällen gelten für die Problematik der horizontalen Kompetenzausscheidung ausschliesslich die Ueberlegungen des vorletzten Abschnitts. (46) Die folgenden Ausführungen behandeln hingegen nur den Aspekt der vertikalen Kompetenzverschiebung.

Ein Subsystem verletzt die vertikale Kompetenzordnung ohne weiteres, wenn es einen Beschluss fasst, für den es nicht zuständig ist, und ihn als verbindlich durchzusetzen gedenkt, oder wenn es beschliesst, eine ihm übertragene Aufgabe nicht zu erfüllen. Das Typische an der Konsultativabstimmung ist aber, dass die Zuständigkeit der kompetenten Gebietskörperschaft vorbehalten bleibt, was in der Fragestellung, in der Bezeichnung der Abstimmung oder in behördlichen Erklärungen zum Ausdruck kommt. Auf den Willen, die Kompetenzordnung nicht zu verletzen, muss man insbesondere auch dann schliessen, wenn das Unvermögen des Subsystems, den Beschluss durchzuführen, bei allen Beteiligten bewusst und akzeptiert ist. Faktisch haben wir also eine besonders nachdrücklich vorgebrachte Stellungnahme vor uns. (47)

Dementsprechend lautet unsere Frage: Inwiefern ist das Subsystem zu einer Stellungnahme berechtigt, und ändert sich die Antwort, wenn diese die Form einer Volksabstimmung annimmt?

(46) Vorn S. 74 ff. Für Beispiele von solchen doppelt problematischen Abstimmungen vgl. vorn S. 21.

(47) Die sog. "Horbürg-Initiative" im Kanton Basel-Stadt verlangte, dass alle Entscheide, welche der Kanton im Rahmen des Nationalstrassenbaus zu fällen hat, vom Grossen Rat und allenfalls von den Stimmbürgern zu genehmigen seien. Weil es hier nicht um eine Stellungnahme, sondern um die Organisation des Vollzugs im Kanton ging, stellte sich die Frage der Bundesrechtmässigkeit in aller Schärfe. Die Initiative wurde am 13. Sept. 1981 von den Stimmbürgern des Kantons abgelehnt; vgl. NZZ vom 9. Sept. 1981 Nr. 208 S. 35 und RR BS, Horburg.

2. Die Anhörung des Subsystems

Der Bund und die Kantone begründen für sich an verschiedenen Stellen die Pflicht, Stellungnahmen ihrer Subsysteme entgegenzunehmen und zu würdigen. So hat der Bund die Kantone anzuhören im Vorverfahren der Gesetzgebung gemäss Art. 22bis Abs. 2, Art. 27ter Abs. 2, Art. 27quater Abs. 4, Art. 32 Abs. 2, Art. 34ter Abs. 4 und Art. 45bis Abs. 2 BV sowie gemäss den Bestimmungen der einfachen Bundesgesetzgebung (48) und den Richtlinien des Bundesrates. (49) An einzelnen Stellen sieht er die Anhörung der Gemeinden vor oder verpflichtet die Kantone dazu. (50) Ferner muss er die Initiativen der Kantone entgegennehmen und prüfen. (51) Die Mitwirkung der Gemeinden in der kantonalen Willensbildung ist weniger ausgeprägt (52), vergleichbare Rechte existieren aber durchaus. (53) Als ein Beispiel haben wir bereits die Anhörung zu Gebietsveränderungen erwähnt. (54) Von Bundesrechts wegen haben die Gemeinden einen Anspruch auf rechtliches Gehör, wo ihre Autonomie in Frage steht. (55)

Soweit eine Anhörungspflicht statuiert ist, ist das Subsystem natürlich berechtigt, Stellung zu nehmen. Abgesehen davon ist nach HANGARTNER eine Stellungnahme nur zulässig, soweit die Aktivität oder Inaktivität des Partners den eigenen Kompetenzbereich rechtlich oder faktisch berührt, oder wenn eine Aenderung der Kompetenzordnung angestrebt wird. (56) Auch bei dieser Auffassung wird man kaum je die Stellungnahme eines Subsystems für unzulässig erklären müssen, weil den Kantonen und Gemeinden in wichtigen Materien zum Ausgleich der zunehmenden Zentralisierung immer eine Vollzugskompetenz oder Mitwirkungsrechte eingeräumt werden. M.E. gibt es in unserer Sammlung keine einzige Konsulta-

(48) Vgl. FLUECKIGER, S. 63 ff., und für den Bau von Atomkraftwerken und Nationalstrassen vorn S. 35 f.

(49) Richtlinien über das Vorverfahren der Gesetzgebung vom 6. Mai 1970, BBl 1970 I 993 ff., und Aenderung vom 14. Juni 1976, BBl 1976 II 949 ff.

(50) DAHINDEN, S. 106, vgl. auch ROTH-CUONY, S. 40.

(51) Art. 93 Abs. 2 BV; AUBERT, Traité, Nr. 597.

(52) Riccardo JAGMETTI, Die Stellung der Gemeinde, ZSR NF 91/1972 II S. 315.

(53) DAHINDEN, S. 92.

(54) Vorn S. 40.

(55) BGE 96 I 237 ff.; ZBl 77/1976 S. 60; DAHINDEN, S. 195. Ob sich aus BGE 96 I 239 ableiten lässt, dass jede Gemeinde bei einer Bestandes- oder Gebietsänderung Anspruch auf rechtliches Gehör hat, oder ob die Existenzgarantie weiterhin nur beinhaltet, dass ein Kanton sich an die von ihm selbst aufgestellten Verfahrensvorschriften halten muss (vgl. ZBl 72/1971 S. 428), ist offen.

(56) S. 238.

tivabstimmung, für die sich ein solcher Anknüpfungspunkt nicht finden liesse; die meisten stützen sich sogar auf Normen, die die Anhörung ausdrücklich vorsehen.

Im übrigen ist der Grund für die Einschränkung, die HANGARTNER macht, nicht so klar, wie es zunächst scheint. Er selbst stellt fest, Anhörungsvorschriften schränken eine Kompetenz materiell nicht ein, sondern hätten nur verfahrensrechtlichen Charakter. (57) Es wäre deshalb konsequenter, auch in Stellungnahmen, denen keine Anhörungspflicht gegenübersteht, ein Phänomen zu sehen, das zunächst einmal ausserhalb der Kompetenzordnung steht und diese an sich nicht verletzt. (58) M.E. ist die Stellungnahme eines Subsystems als solche immer zulässig. Hingegen muss im Einzelfall geprüft werden, ob sie zu einer faktischen Kompetenzverschiebung führt.

3. Verbot der Stellungnahme in Form einer Volksabstimmung?

a) Wegen Verletzung der vertikalen Kompetenzordnung

Das Gemeinwesen, an das eine Stellungnahme gerichtet ist, schreibt dem Subsystem in den wenigsten Fällen vor, welches Organ und welches Verfahren es einsetzen müsse. Das Argument, dass in diesem Fall das Subsystem nach dem Grundsatz der Organisationsautonomie darüber selber entscheiden, also auch eine Volksabstimmung vorsehen könne, käme bei unserer Fragestellung einem gedanklichen Kurzschluss gleich. Organisationsautonomie ist Freiheit im Rahmen der eigenen Zuständigkeit (59); ob diese mit einer Konsultativabstimmung überschritten werde, ist aber gerade die Frage.

Auch die Feststellung von HANGARTNER, dass Anhörungsvorschriften die Kompetenz materiell nicht einschränken (60), bringt uns nicht weiter. Er geht von einer "Rechtsnatur" dieser Vorschriften aus und behandelt den von ihm zugestandenen Umstand, dass faktisch gemeinsam Macht ausgeübt werde, als rechtlich irrelevant. Wir haben diese gedankliche Trennung abgelehnt (61) und müssen deshalb prüfen, ob durch eine Volksabstimmung im Rahmen einer Stellungnahme die Entscheidungsmacht oder die Verantwortung des im zuständigen Gemeinwesen zuständigen Organs faktisch auf das Subsystem übergehe.

Weil wir einen neuen Sachverhalt vor uns haben, lassen sich die Ergebnisse, welche für das horizontale Verhältnis gelten, nicht

(57) S. 241.

(58) Im gleichen Sinn gesteht DAHINDEN (S. 92) den Gemeinden beliebige Stellungnahmen zu.

(59) Vgl. AUBERT, Traité, Nr. 567 und 569.

(60) S. 241.

(61) Vorn S. 80.

einfach übernehmen. Diesen Fehler machte z.B. das deutsche Bundesverfassungsgericht, als es zunächst sorgfältig abklärte, ob die Stimmbürger der Länder Hamburg und Bremen bei den Volksbefragungen über die atomare Bewaffnung der Bundeswehr organschaftlich handelten (62), denn das Ausüben von Staatsgewalt in einem oder zwei Ländern durch die Stimmbürger bedeutet ja nicht – wie im horizontalen Verhältnis – automatisch die Entthronung der zuständigen Instanz. Die Ueberzeugung, dass man zwischen dem offenen Prozess öffentlicher Meinungsbildung und der Ausübung von Staatsgewalt durch die Stimmbürger unterscheiden müsse (63), stösst im vertikalen Verhältnis ins Leere, denn es sind nicht die Stimmbürger des entscheidenden Systems, welche abstimmen. Wir haben bei der Untersuchung der faktischen Verbindlichkeit von Konsultativabstimmungen ausführlich dargelegt, dass gerade deshalb der politische Druck, der von Abstimmungen bei den besonders Betroffenen ausgeht, zu klein ist, als dass er zu einer faktischen Kompetenzverschiebung führen könnte. (64) Solche Abstimmungen bedeuten deshalb m.E. keine Kompetenzverletzung.

Die Praxis bestätigt diese Ansicht, indem sie nirgends die Gelegenheit ergreift, Volksabstimmungen über Stellungnahmen zu Aufgaben des übergeordneten Gemeinwesens für kompetenzwidrig zu erklären. Die Gelegenheit hätte sich vor allem der Bundesversammlung bei der Gewährleistung jener kantonalen Verfassungsnormen geboten, die Volksabstimmungen über Vernehmlassungen vorsehen. Die Vorstellung, sie seien als unzulässiges politisches Druckmittel von unten abzulehnen, ist nie aufgetaucht. (65) Im Zusammenhang mit den geplanten oder effektiv stattgefundenen Abstimmungen dieser Gruppe, die z.T. erhebliche Mengen von Papier produzieren, wurde zwar oft darauf hingewiesen, dass die Stimmbürger in der betreffenden Materie keinen Entscheid fällen könnten, weshalb die Abstimmung sinnlos oder missverständlich sei (66); dass sie dem entscheidenden Gemeinwesen faktisch die Kompetenz entreissen würden, glaubt hingegen niemand. (67)

(62) BVerfGE 8, 114.

(63) So die Wiedergabe durch MUELLER/SALADIN (Problem, S. 441).

(64) Vorn S. 61. Auch das Bundesverfassungsgericht stellte letztlich auf den politischen Druck ab, der von diesen Abstimmungen ausgehe: 8, 117. Unpräzis aus dem gleichen Grund, wenn auch im Ergebnis richtig: MUELLER/SALADIN, a.a.O.

(65) Vgl. die Botschaften des BR zu den „Gewährleistungsbeschlüssen“. Sie sind zitiert bei den entsprechenden kantonalen Verfassungsartikeln, vorn S. 36 f.

(66) Vgl. z.B. Justizdir. BL, S. 11.

(67) Vgl. auch SCHORER, S. 8: "Da das Abstimmungsergebnis jedoch nur konsultativen, d.h. Richtliniencharakter haben soll, bleibt zwar die Unzuständigkeit in der Sache bestehen, bildet aber keinen zwingenden Grund, eine solche Abstimmung aus Kompetenzgründen als unzulässig zu bezeichnen." Ebenso RR

Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage nie befasst, obwohl die Fälle Wädenswil und Richterswil Gelegenheit dazu geboten hätten. (68) Einzig in der nicht publizierten Erwägung 5 von BGE 104 Ia 343 erklärte es die Neuenburger Volksinitiative betreffend Volksabstimmungen über Vernehmlassungen zu Atomkraftwerken in dieser Hinsicht für unbedenklich, jedoch ohne nähere Begründung.

In der Literatur haben sich einzig MUELLER/SALADIN der Frage angenommen und sie im gleichen Sinn und unter Ablehnung des Standpunkts des deutschen Bundesverfassungsgerichts beantwortet: "Die Vorstellung einer in sich geschlossenen 'Staatsgewalt', die das übergeordnete Gemeinwesen ohne Druck von unten ausüben soll, ist uns nach schweizerischer Tradition doch eher fremd". (69)

Spätestens an dieser Stelle muss uns klar werden, dass wir die Rechtsfrage nach der Verletzung der Kompetenzordnung mit dem Hinweis auf die gängigen Anschauungen über das richtige Verhalten der einzelnen Glieder unseres föderalistischen Staates, also auf ein politisches Konzept beantworten. Dazu zwei Bemerkungen:

Erstens stellt sich die Frage, ob das Prinzip der Bundestreue ein neues Licht auf die hier behandelte Problematik wirft. Bedeutung und Tragweite dieses Prinzips für das schweizerische Staatsrecht sind umstritten. (70) Immerhin fordert die Lehre, m.E. zu Recht, über Zuständigkeiten sei prinzipiell durch objektive Analyse der Kompetenznormen zu entscheiden, denn der Begriff der Bundestreue birgt wegen seiner Unbestimmtheit und inhaltlichen Ambivalenz die Gefahr in sich, dass die Kompetenzordnung überspielt wird, und leistet dem Einfluss von Wertungen Vorschub. (71) Er ist deshalb in erster Linie nicht als Rechtsprinzip, sondern als Staatsidee sinnvoll. (72) Nur subsidiär lässt sich daraus auch das Verbot offenbar rechtsmissbräuchlichen Verhaltens für das Gemeinwesen ableiten, wobei man berücksichtigen muss, dass im Bundesstaat nicht natürliche Personen, sondern komplexe, öffentlich-rechtliche Körperschaften aufeinander stossen. (73) Die Gefahr, dass aus dem Begriff der Bundestreue eine allgemeine Verpflichtung der Kantone zu einem gefälligen, bundesfreundlichen Gebaren abgeleitet werde, ist so zwar gebannt, es lässt sich aber nicht ver-

BS, Horburg, S. 23 ff. A.M. einzig VON SCHULTHESS. Sein Artikel stellt im übrigen ein Paradebeispiel für den geschickten Einsatz juristischer Argumente für politische Zwecke dar.

(68) MUELLER/SALADIN, Problem, S. 440.

(69) Problem, S. 441.

(70) Vgl. KOELZ, Bundestreue, S. 148 ff.; HANGARTNER, S. 215 ff.

(71) KOELZ, a.a.O., S. 166; vgl. auch HANGARTNER, S. 217.

(72) KOELZ, a.a.O., S. 167, S. 176; HANGARTNER, a.a.O.

(73) Die Bundestreue ist ein Anwendungsfall des Prinzips von Treu und Glauben: KOELZ, a.a.O., S. 167 f.

leugnen, dass auch der Entscheid, wo das missbräuchliche Verhalten beginne, nur Ausdruck der herrschenden politischen Meinung darüber ist, wie Widerstand, Unruhe, Friede und Zusammenarbeit in unserem Staat am besten zu mischen seien. So würde z.B. nach KOELZ ein Kanton seine Treuepflicht verletzen, wenn er sich generell dagegen wehrt, dass der Bund auf seinem Gebiet in Erfüllung einer ihm übertragenen Aufgabe z.B. Waffenplätze oder Kraftwerke baue, während der Widerstand gegen ein konkretes Projekt zulässig wäre. (74) Diese Ansicht ist einleuchtend, ihr Fundament ist aber nicht mehr und nicht weniger als eine bestimmte Nuance einer föderalistischen Haltung. Nach ihr sind die hier behandelten Konsultativabstimmungen zulässig, weil sie (bis jetzt) immer konkrete Werke betreffen.

Zusammenfassend heisst das: Wenn wir auch in der Begriffswelt auswählen können, ob wir die Frage der Gefährdung der vertikalen Kompetenzordnung durch Abstimmungen im Subsystem dem politischen oder dem rechtlichen Bereich zuordnen wollen und innerhalb des letzteren dem Komplex "Kompetenzausscheidung" oder "Treu und Glauben", so fliessen alle Ueberlegungen schliesslich doch zusammen in die Frage, wieviel Eigenleben die politische Ambiance (75) dem Subsystem gewähre. Die Stellungnahmen aus Lehre und Praxis zur Konsultativabstimmung und die Ausführungen von KOELZ zur Bundestreue sind Indizien dafür, dass es viel ist.

Die zweite Ueberlegung führt einen Schritt weiter. Bis jetzt basierte die Argumentation auf der Tatsache, dass die schweizerische Tradition dem Subsystem eine grosse Bewegungsfreiheit gewährt. Die Rechtsantwort, d.h. das Sollen, aus dem Sein abzuleiten, ist beste juristische Tradition und verleiht dem Recht seine stabilisierende Wirkung. Erkenntnistheoretisch ist das Vorgehen auch fragwürdig, was Anlass sein könnte, das Sollen unabhängig vom Sein zu suchen: Wieviel politischen Druck sollen in der Schweiz die Subsysteme ausüben können? Elemente einer Antwort könnten sein: viel, zum Ausgleich des "langsamen Verlust(s) der eigenständigen politischen Existenz der Glieder" im Bundesstaat (76); viel, denn nur das betroffene Subsystem weiss um die realen Auswirkungen eines Werkes und bringt deshalb ein Kriterium in den Entscheidungsprozess ein, das vom übergeordneten System mit seiner abstrakten, planerischen Betrachtungsweise chronisch unterbewertet wird; viel, denn nur ein Konflikt, der ausgetragen wird, wird auch überwunden. (77)

(74) A.a.O., S. 173 f.

(75) A.a.O., S. 172.

(76) HANGARTNER, S. 38, vgl. auch S. 40; vgl. auch SALADIN, S. 303.

(77) KOELZ, Bundestreue, S. 168 u. S. 171.

b) Wegen Verletzung der Auskunftspflicht

Die Vernehmlassung der Kantone und Gemeinden wird vom Bundesrecht nicht als geschlossene Institution behandelt, sondern einfach an einzelnen Stellen erwähnt, ohne dass weitere Vorschriften über Form und Verfahren gemacht würden. In der Praxis werden die Stellungnahmen normalerweise von der Exekutive bzw. einer Verwaltungsstelle abgefasst, weil ihr der Verkehr mit den andern Gliedern des Bundesstaats obliegt.

Der Zweck der Vernehmlassung verlangt oft eine detaillierte, begründete Stellungnahme. So kann z.B. über die Auswirkungen einer Bundesvorlage auf die Struktur der Verwaltung und den Finanzhaushalt des Kantons nur die Exekutive Auskunft geben. Eine Volksabstimmung hingegen produziert entsprechend ihrer normalen Funktion keine Entscheidungskriterien, sondern einen Entscheid, der umso schwerer zu interpretieren ist, je näher sich die Zahlen der Ja- und der Neinstimmen kommen. Das Mittel ist nicht zwecktauglich (78), weil es, politisch gesehen, einem anderen Zweck dient, nämlich Ersatz für das fehlende Verwaltungsreferendum oder das Veto ist. (79) Der Gegensatz zwischen einem politischen Entscheid und einer abwägenden Stellungnahme ist nicht überbrückbar, kann aber gemildert werden, indem den Stimmbürgern zu einer Frage verschiedene Varianten vorgelegt werden (80) oder indem die Volksabstimmung neben die begründete Vernehmlassung der Regierung tritt und über eine Frage ergeht, welche das politische Pendant oder Destillat der Vernehmlassungsfrage ist. (81)

Rechtlich stellt sich die Frage, ob Kantone oder Gemeinden, die als Vernehmlassungsantwort das Ergebnis einer Volksabstimmung einreichen, gegen Bundesrecht verstossen, weil diese Antwort vom Bund aus gesehen ihren Zweck nicht erfüllt. So überlegte der Bundesrat in der Botschaft zur Gewährleistung von Art. 27bis der Waadtländer KV (82), ob das Anhörungsrecht des Kantons auch eine Informationspflicht gegenüber den zuständigen Bundesinstanzen einschliesse. (83) Er stellte fest, dass sich eine solche Pflicht

(78) Ebenso RR ZH, Atomanlagen, S. 1692.

(79) Vorn S. 52 f.

(80) Vgl. die Fälle Stadt Schaffhausen und Regensdorf, vorn S. 45 u. 46.

(81) So stimmte das Zürichervolk am 28. Sept. 1980 über die "Wünschbarkeit der Errichtung des Kernkraftwerks Kaiser-augst" ab, während sich die Regierung in einer detaillierten Vernehmlassung zur Frage äusserte, ob für die im geplanten Kernkraftwerk zu erzeugende Energie im Inland voraussichtlich ein hinreichender Bedarf bestehe; vgl. BGE 106 Ia 24.

(82) Für den Text vgl. vorn S. 39.

(83) BB1 1975 II 1681. Vgl. neuerdings auch die (unklare) Schluss-

nicht aus dem geschriebenen Recht ergebe, eventuell aber aus der Tatsache, dass der Bund anders kaum Aufschluss über die Meinungen der interessierten Kreise erhalte. Er liess die Frage offen, weil Art. 27bis der Waadtländer Verfassung der Kantonsregierung nicht verbiete, die Bundesbehörden in jedem Fall objektiv zu informieren. (84)

Soweit die Bundesverfassung die Anhörung der Kantone vorsieht, will sie ihnen, wie die Entstehungsgeschichte zeigt, nur ein Recht einräumen, nicht aber eine Pflicht auferlegen. Anlässlich der Revision der Wirtschaftsartikel erhielten die Kantone im Windschatten der Wirtschaftsverbände erstmals ein Anhörungsrecht, weil man sie nicht zurückstellen wollte und ohne dass man ihm grosse Bedeutung beimass. (85) Für die Verbände war immer nur umstritten, welche anzuhören seien und wie ihr Recht, angehört zu werden, qualifiziert werden könnte; hingegen geht auch heute niemand von einer Pflicht der Verbände zur Mitwirkung an der Vorbereitung der Gesetzgebung aus. (86) Für die Kantone muss deshalb das gleiche gelten. (87) Wenn es dem Staatsrecht schon nicht gelungen ist, den faktischen Einfluss der gesellschaftlichen Mächte auf das Rechtssetzungsverfahren in den Griff zu bekommen (88), so darf dieser Einfluss nicht ohne ausdrückliche Verfassungsgrundlage plötzlich sogar als Pflicht aufgefasst werden, umso mehr, als seine negativen Auswirkungen heftig kritisiert werden. (89) Auch würde eine Verpflichtung die Kantone entgegen dem ursprünglichen Konzept strenger behandeln als die Verbände, weil sie als Gliedstaaten zur Erfüllung des objektiven Rechts gezwungen werden können, während sich die Verbände auf das Recht berufen könnten, keine Meinung zu äussern.

Man kann das Problem auch von einer ganz andern Seite her angehen. Nach Lehre und Praxis ist es dem Bund grundsätzlich erlaubt, den Vollzug eines Erlasses an die Kantone zu delegieren und sie zu verpflichten, diese Aufgabe zu erfüllen. Begründet wird die Auffassung damit, dass der Bundesstaat in seinen Anfängen nicht über einen eigenen Beamtenapparat verfügte. (90) Warum sollte sie nicht ebenso für die Vorbereitung eines Erlasses

bemerkung zur Gewährleistung der Berner Norm betreffend Vernehmlassungen zu Atomkraftwerken, BBl 1981 III S. 913.

- (84) Der Bundesrat legte den Artikel also bundesrechtskonform aus, ohne vorher festzustellen, was das Bundesrecht verlange. Im übrigen würde die Kantonsregierung m.E. die KV verletzen, wenn sie eine neutrale, informative* Stellungnahme abgeben und den Widerstand der Gemeinden lediglich erwähnen würde.
- (85) FLUECKIGER, S. 57.
- (86) A.a.O., S. 39 ff., S. 44 ff., S. 50 f.
- (87) Diese Annahme macht offenbar auch HANGARTNER (S. 241 f.).
- (88) FLUECKIGER, S. 51.
- (89) Vgl. z.B. FLUECKIGER, S. 175 ff., und SCHEFOLD, S. 24 ff.
- (90) HANGARTNER, S. 146 ff.

gelten? Die Delegation des Vollzuges ist nur zulässig, weil und soweit darunter nicht etwas Schöpferisches verstanden wird, denn eine Bundeskompetenz wird ja in der Ueberzeugung begründet, dass eine einheitliche Regelung nötig sei. Der Bund ist also verpflichtet, seine Aufgaben, soweit sie Gestaltung sind, selber zu erfüllen (91), und seine Organe wurden gerade für die Gesetzgebung geschaffen. Zwischen Gesetzgebung und Vollzug besteht deshalb historisch keine Analogie.

Aus all diesen Gründen ist die Mitwirkung des Kantons m.E. ein Recht, dem keine Verpflichtung gegenübersteht. Er kann darauf verzichten, es auszuüben (92); umso mehr kann er es unbehelflich ausüben, sei es in Form einer Volksabstimmung oder – was viel häufiger ist – in Form eines in einem abgelegenen Büro der Verwaltung lustlos verfassten Berichtleins. Weil immer wieder ein Kanton darauf verzichtet hat, eine Vernehmlassung einzureichen (93), würde die Statuierung einer Pflicht zudem eine Praxisänderung bedeuten, die schwer zu begründen wäre.

Will man entgegen dieser Auffassung oder eventuell auf dem Wege der Verfassungsänderung dem Bund das Recht einräumen, von den Kantonen eine Stellungnahme zu verlangen, stellt sich die weitere Frage, wie weit er ihnen das Verfahren vorschreiben kann, in dem sie entsteht. Hier gilt der Grundsatz, dass der Eingriff in die kantonale Organisationsfreiheit nur den Zweck hat, die Erfüllung der betreffenden Bundesaufgabe sicherzustellen und nicht weiter gehen darf, als dafür nötig ist. (94) Im Falle der Vernehmlassung kann diese Aufgabe nicht eindeutig umschrieben werden, sondern hängt vom Thema der Vernehmlassung ab. Wo die Kantone wirklich über eigenes Wissen verfügen, das dem Bund abgeht, wäre es vertretbar, dass dieser eine informative, begründete, von der kompetenten Verwaltungsstelle verfasste Stellungnahme verlangen würde, z.B., wenn eine bundesrechtliche Vorlage starke Auswirkungen auf die kantonale Behördenorganisation hat oder ein Rechtsgebiet vereinheitlicht werden soll, auf dem die Kantone schon über reiche Erfahrung verfügen. Sobald die Kantone nicht mehr gleichsam Parteistellung haben, ist eine solche Vorschrift unzulässig. Dass nur der Kanton den Bund über die verschiedenen Meinungen der interessierten Kreise informieren könnte (95), trifft nie zu, es wäre höchstens bequemer. Tatsächlich reichen die interes-

(91) A.a.O., S. 147 f.

(92) Gl. M.: RR ZH, Atomanlagen, S. 1692, und offenbar auch FLUECKIGER, S. 56 f.

(93) Vgl. z.B. KRIESI, S. 238.

(94) HANGARTNER, S. 158 f., im Zusammenhang mit der gleich gelagerten Frage, wieweit der Bund Organ und Verfahren für den Erlass allgemeinverbindlicher Vorschriften in Anwendung delegierter Bundeskompetenzen vorschreiben dürfe.

(95) So der BR in der Botschaft zur Gewährleistung von Art. 27bis KV VD, BB1 1975 II 1681.

sierten Kreise immer eine eigene Stellungnahme ein, und diejenige des Kantons wird zur Wiederholung. (96) Je grundsätzlicher und politischer die Fragestellung des Vernehmlassungsverfahrens ist, desto mehr verlagert sich sein Zweck auf das nackte Abwägen von Referendumschancen. Hier ist der von einem einzelnen Beamten ausgearbeitete Bericht bei weitem nicht mehr am informativsten, und der Bund müsste, wollte man die bisherigen Ueberlegungen konsequent zu Ende führen, vom Kanton die Volksabstimmung sogar verlangen. Denn welchen Wert hat für den Bund die Feststellung einer kantonalen Regierung, im Problemkreis "Gleiche Rechte für Mann und Frau" bestehe kein Bedürfnis nach einer Änderung (97), oder, der Bedarf an Energie, der den Bau eines weiteren Atomkraftwerkes rechtfertige, sei ausgewiesen? (98) Wie lösen diese Regierungen die Fragen, mit denen sich die Gesellschaft verzweifelt herumschlägt?

Vorschriften über das vom Kanton zu wählende Verfahren müssten in jedem Fall in einem Bundesgesetz oder in einer auf eine Delegationsnorm gestützten bundesrätlichen Verordnung enthalten sein.

Die kantonalen Normen und die praktischen Fälle der hier behandelten Gruppe von Konsultativabstimmungen zeigen, dass die Praxis auch ohne solche Vorschriften dem vorgezeichneten Gedankengang folgt, weil die Volksabstimmung immer nur dort auftaucht, wo die Vernehmlassung im Grunde ein Verfahren zur Legitimierung und ihr Gegenstand ein politischer Grundentscheid ist. (99) Dass heute sogar die Volksabstimmung in das Vorverfahren verlagert wird, ist ein schon fast grotesker Höhepunkt in der Entwicklung des eidgenössischen Gesetzgebungsverfahrens. (100) Weil damit diese Entwicklung nur konsequent fortgesetzt wird, wäre aber ein Verbot solcher Volksabstimmungen willkürlich und als reine Symptombekämpfung sinnlos. Hingegen ist zu hoffen, dass sie eines Tages verschwinden werden, weil der faktische Entscheidungsprozess und die staatsrechtlich erwünschten Formen der Legitimierung wieder übereinstimmen.

(96) FLUECKIGER, S. 118 ff.

(97) So die Berner Regierung zur Volksinitiative "Gleiche Rechte für Mann und Frau", zit. nach Heinz DAEPP, Konsultativabstimmungen - eine neue Form der Demokratie?, Basler Zeitung vom 18. Aug. 1981 Nr. 191 S. 9.

(98) Es ist heute allgemein anerkannt, dass die Antwort auf diese Frage ein politischer Entscheid ist; vgl. SALADIN, S. 300 f., mit Hinweisen. Wäre sie das nicht, so wären die Kantone mit der Beantwortung erst recht überfordert.

(99) Vgl. dazu auch hinten S. 109.

(100) Sein Vorläufer war der Einbezug der politischen Parteien: FLUECKIGER, S. 141 ff. Betreffend Vor- und Nachteile der Demokratisierung des Vernehmlassungsverfahrens vgl. auch KRIESI, S. 255 ff.

Alle bisherigen Ueberlegungen gelten auch für die seltenen Fälle, wo der Bund die Anhörung der Gemeinden vorsieht. Weil es auf Grund der Bundesverfassung zwischen Bund und Gemeinden keine unmittelbaren Beziehungen gibt, greift der Bund in die kantonale Organisationsfreiheit ein, wenn er den Gemeinden Aufgaben überträgt und Vorschriften über ihre Erfüllung aufstellt. Auch diese Eingriffe sind nur zulässig, soweit sie nötig und verhältnismässig sind. (101) M.E. haben aber bundesrechtliche Anhörungsvorschriften auch hier nur den Sinn, den Gemeinden ein Recht einzuräumen. (102)

Im Verhältnis zum Kanton hat die Gemeindeautonomie selbständige Bedeutung. Ihr Ausmass bestimmt sich jedoch ausschliesslich nach der kantonalen Gesetzgebung (103), weshalb ein Kanton den Gemeinden ohne weiteres das Verfahren zur Ausarbeitung von Stellungnahmen vorschreiben kann. Im Normalfall wird eine solche Regelung fehlen und müssen die einschlägigen kantonalen Normen ausgelegt werden. Soweit dabei der Zweck des Vernehmlassungsverfahrens eine Rolle spielt, gelten die Ueberlegungen zum Verhältnis zwischen Bund und Kantonen analog.

V. PRAKTISCHE KONSEQUENZEN

1. Zusammenfassung

Mit Ausnahme der antizipierenden Konsultativabstimmung in der beschlussberechtigten Gemeindeversammlung bedeutet eine Konsultativabstimmung immer einen Eingriff in eine fremde Zuständigkeit.

Man kann die Frage, ob diese Zuständigkeit verletzt werde, nur beantworten, wenn man von einem materiellen Kompetenzbegriff und den tatsächlichen Wirkungen der Konsultativabstimmung ausgeht. Die Zuständigkeit des kompetenten Organs ist verletzt, wenn seine Entscheidungsfreiheit und damit seine Verantwortung aufgehoben ist.

(101) Vgl. dazu die anschauliche Zusammenfassung seiner Dissertation bei ROTH-CUONY, S. 154 ff.

(102) Sie werden – offensichtlich aus dem gleichen Grund – von ROTH-CUONY vernachlässigt.

(103) DAHINDEN, S. 129 ff. und 131 ff.

(104) Die unter IV. ebenfalls behandelte Frage, ob das Subsystem verpflichtet sei, im Rahmen einer Vernehmlassung statt dem Ergebnis einer Volksabstimmung einen begründeten Bericht einzureichen, liegt etwas ausserhalb des Grundproblems, ob die Konsultativabstimmung als solche eine vorgegebene Kompetenzordnung unterlaufe.

Normalerweise haben Konsultativabstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament diese Wirkung, weil sie das Ziel verfolgen, im Interesse der Stimmbürger die Entscheidungsmacht und im Interesse der Behörden die Verantwortung auf die ersten zu übertragen und weil sie ihr Ziel unter dem Einfluss der gewöhnlichen Volksentscheide erreichen. Das gleiche gilt fast immer auch für antizipierende Abstimmungen, obwohl sie theoretisch ein reines Informationsmittel sein könnten. Konsultativabstimmungen im Zuständigkeitsbereich einer übergeordneten Gebietskörperschaft bezwecken politisch auch eine gewisse Verlagerung der Entscheidungsmacht auf die abstimmenden Bürger. Die tatsächlichen Machtverhältnisse verhindern aber im vertikalen Verhältnis die faktische Kompetenzverschiebung. Die horizontale Kompetenzverschiebung innerhalb des kleineren Gemeinwesens ist unabhängig davon zu prüfen.

2. Erfordernis und Erlassstufe der gesetzlichen Grundlage

Eine faktisch verbindliche Konsultativabstimmung verletzt jene Normen, welche die Zuständigkeit der Staatsorgane voneinander abgrenzen, also die Bundes- oder Kantonsverfassung, u.U. ein Gesetz, welches die Kompetenzabgrenzung näher regelt, und in den Gemeinden das kantonale Gemeindegesetz (105) oder die Gemeindeordnung. Sie kann deshalb nur geduldet werden, wenn sie eine gesetzliche Grundlage auf der gleichen Erlassstufe hat. Diese Grundlage bewirkt, dass das zuständige Organ sich die Beschränkung seiner Kompetenzen gefallen lassen muss bzw. diese ungestraft auf das Volk übertragen darf. Damit ist der Kompetenzkonflikt formalisiert, jedoch nicht gelöst. Das Auseinanderklaffen von rechtlicher und faktischer Zuständigkeit und die Unklarheit über die Verantwortung bleiben bestehen. (106)

Rein informative Konsultativabstimmungen brauchen unter dem Aspekt der Gefährdung der Kompetenzordnung keine gesetzliche Grundlage, wohl aber, weil sie als Instrument im Rahmen der direkten Demokratie fragwürdig sind. (107)

Bei Konsultativabstimmungen über Materien im Zuständigkeitsbereich einer übergeordneten Gebietskörperschaft darf die Kompe-

(105) In diesem Fall verletzt die Gemeinde mit der horizontalen Kompetenzordnung gleichzeitig übergeordnetes Recht; vgl. auch hinten S. 149.

(106) Ich werde in den folgenden drei Paragraphen auf diesen Mangel eingehen, soweit er den direktdemokratischen Institutionen selber schadet. Im übrigen verzichte ich darauf, die Argumente, die für eine klare Kompetenzordnung sprechen, anzuführen.

(107) Vgl. hinten S. 125 f., 135.

tenz der Exekutive zur Vertretung des Gemeinwesen nach aussen nicht ohne entsprechende Grundlage verschoben werden. (108) Hingegen ist eine Grundlage in der Rechtsordnung des entscheidenden Gemeinwesens nicht nötig.

3. Der Grundsatz der Gewaltentrennung als Schranke für faktisch verbindliche Konsultativabstimmungen

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Grundsatz der Gewaltentrennung auch ungeschrieben in allen Kantonen verfassungsmässig gewährleistet, da er sich aus der in der Verfassung vorgesehenen Aufteilung der Staatsfunktionen auf verschiedene Organe ergibt. (109) Fehlt einer faktisch verbindlichen Konsultativabstimmung die gesetzliche Grundlage oder ist deren Erlassstufe zu niedrig, so kann sie gestützt auf Art. 84 Abs. 1 OG beim Bundesgericht angefochten werden. (110)

Interessanter und heikler ist die Frage, ob der Grundsatz der Gewaltentrennung die Einführung von Rechtsgrundlagen für Konsultativabstimmungen verbiete, die in der Praxis zu einer Verwischung der Verantwortung führen müssen, also für Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament sowie für antizipierende Abstimmungen, wenn sie nicht konsequent als Informationsmittel ausgestaltet sind.

Bis jetzt konnten sich Lehre und Rechtsprechung darauf beschränken zu untersuchen, ob die in der Verfassung vorgezeichnete Trennung in einem konkreten Fall eingehalten worden sei; sie wurden jedoch nie mit dem Problem konfrontiert, ob die Verfassung in jedem Fall eine eindeutige Kompetenzzuweisung verlange. (111) Keinen Aufschluss würde wahrscheinlich eine Untersuchung der Geschichte und Bedeutung des Gewaltenteilungsprinzips in den kantonalen Verfassungen geben, weil allenfalls die Grenzen der Zuständigkeit zwischen den einzelnen Organen wandelbar und umstritten waren, nicht aber das Prinzip der Abgrenzung. Diese Selbstverständlichkeit ist letztlich der einzige Anhaltspunkt, den wir haben. Der Grundsatz der Gewaltenteilung hat den Sinn, die Freiheit des Individuums durch Aufsplitterung der staatlichen

(108) Ebenso: RR BL, Horburg, S. 25 f. Wenn überhaupt, sollte den Stimmbürgern der verbindliche Entscheid über die Stellungnahme eingeräumt werden; vgl. hinten S. 133.

(109) BGE 102 Ia 64; AUER, S. 97 Anm. 2.

(110) Zum Verhältnis zur Stimmrechtsbeschwerde vgl. hinten S. 106f.

(111) Vgl. z.B. BROWN, S. 33 ff., wo jede Auseinandersetzung mit der Frage fehlt, ob sich aus dem Prinzip der Gewaltenteilung Mindestanforderungen an das kantonale Organisationsrecht ergeben. Vgl. auch die Ausführungen bei AUER, S. 97 ff.

Macht zu vergrössern. Es widerspricht ihm, wenn Organe durch das Einräumen gemeinsamer Verantwortung miteinander verschmolzen werden. Die Verfassung schafft selten den Anspruch auf eine bestimmte organisatorische Trennung, aber auf eine getrennte Organisation. (112)

Ob das Bundesgericht auf Beschwerde hin eine kantonale Norm mit dieser Begründung für verfassungswidrig erklären würde, ist fraglich. Auf der einen Seite stellt die Bundesverfassung bezüglich der Gewaltenteilung keine Anforderungen an die Kantone (113), und der Bund stellt mit der staatsrechtlichen Beschwerde im Grund ein Verfahren zum Schutz eines kantonalen Prinzips zur Verfügung. In seiner praktischen Verwirklichung sind die Kantone deshalb frei. (114) Der Standpunkt, der kantonale Gesetzgeber müsse den doch recht vagen Grundsatz der Gewaltenteilung konkretisieren, wäre also durchaus vertretbar. Auf der andern Seite ist mit der Aussage, der Grundsatz gelte in allen Kantonen, im Hinblick auf Art. 6 BV im Grunde doch neues Recht geschaffen worden (115), und die Problematik der Konsultativabstimmung könnte das Bundesgericht zum ersten Mal zwingen, seinen Inhalt zu bestimmen. (116)

(112) BROWN, S. 37 und S. 35 Anm. 1.

(113) Vgl. Art. 6 BV.

(114) BROWN, S. 33 u. S. 36.

(115) Er wird von AUER (S. 97) als Prinzip des Bundesrechts bezeichnet.

(116) Erhebt man den Grundsatz der Gewaltenteilung in diesem Sinn zu einer Norm des Bundesrechts, sind auch kantonale Verfassungsgrundlagen für faktisch verbindliche Konsultativabstimmungen rechtswidrig. Allerdings können sie nach der Praxis des Bundesgerichts mit staatsrechtlicher Beschwerde nicht angefochten werden (zuletzt BGE 104 Ia 219 E. 1b). Das Problem der Reichweite des bundesrechtlichen Schutzes stellt sich in gleicher Weise mit Bezug auf das Stimmrecht; vgl. hinten S. 137.

§ 3 DIE STIMMBUERGER ALS KONSULTATIVORGAN

I. DAS PROBLEM

Von allen Einwänden, die gegen die Konsultativabstimmung vorgebracht werden, ist der häufigste, sie widerspreche der schweizerischen Staatsform der direkten Demokratie: "Das demokratische Prinzip verlangt, dass derin einem rechtlich geordneten Verfahren festgestellte Volkswille von den Behörden respektiert wird." (1) "..., die Gesamtheit der Stimmberechtigten kann nicht im Verfahren der Volksabstimmung, in dem sie ihre Kompetenzen ausübt, zugleich Gegenstand statistischer Erhebungen im Sinne einer unverbindlichen Befragung sein," (2) "Le referendum consultatif est presque une contradiction dans les termes: il est bien étonnant qu' un peuple adulte se contente du rôle de donneur d'avis." (3) Im Widerspruch zwischen direkter Demokratie und Konsultativabstimmung wird eine Quelle für verschiedene Gefahren gesehen: Richtige und konsultative Abstimmungen werden vermischt und die Institution der Volksabstimmung so verflacht (4); jene Stimmbürger, welche überzeugt sind, dass sie trotz direktdemokratischer Einrichtungen im Staat keinen Einfluss haben, werden in ihrer Frustration bestätigt, wenn sich die Behörden an ein Abstimmungsergebnis nicht halten, und stimmen deshalb gar nicht mehr oder leichtsinnig (5); durch Konsultativabstimmungen wird dem Entscheid, ob in einer bestimmten Frage das Volk oder die Repräsentanten zuständig sein sollen, ausgewichen. (6)

Wir müssen uns also in diesem Paragraphen mit folgendem Problem beschäftigen: In der direkten Demokratie hat das Volk die Kompetenz, einzelne verbindliche Entscheide zu treffen; es nimmt an der Herrschaft teil. (7) Gibt es nun eine Rechtfertigung dafür, es daneben zu andern Zwecken zu befragen? Legt man die Betonung auf die Tatsache, dass auch die direkte Demokratie im Prinzip eine repräsentative ist, lautet die Frage: Wie lässt es sich rechtfertigen, das Volk zu befragen, obwohl in der Rechtsordnung der

(1) Botschaft des RR SG vom 25. Jan. 1966 zum G über Referendum und Initiative, zit. nach TANNER, S. 4.

(2) GIACOMETTI, S. 309.

(3) AUBERT, Referendum, S. 483.

(4) BGE 104 Ia 233; MUELLER/SALADIN, Problem, S. 444 u. 432; Grosser Rat BE, S. 12; Hans HUBER, Rechtsgutachten, S. 8.

(5) So auch Hans HUBER, zit. bei MUELLER/SALADIN, a.a.O., S.424.

(6) AUBERT, Referendum, S. 483.

(7) Vgl. dazu die Ueberschrift "Direkte Demokratie als Kompetenzbegriff" bei HERNEKAMP, S. 18.

politische Wille zum Ausdruck kommt, dass es in einer bestimmten Angelegenheit nicht entscheidungsberechtigt sein soll? (8)

Die schweizerische Demokratie ist kein Staat, in dem das Volk allein und absolut herrscht – hier wäre eine Konsultativabstimmung absurd und unsere Aufgabe schon abgeschlossen –, sondern einer, der den Bürger auf verschiedene Arten und aus verschiedenen Gründen in den Willensbildungsprozess einbezieht. (9) Um zu entscheiden, ob die Konsultativabstimmung der Idee der direkten Demokratie widerspricht, müssen wir sie deshalb mit der ganzen Palette der Formen politischer Teilnahme und ihren Begründungen vergleichen. Dieser Vergleich macht seinerseits die Eigenart der Konsultativabstimmung erst deutlich.

II. FORMEN DER POLITISCHEN TEILNAHME IN DER SCHWEIZ UND IHRE FUNKTIONEN

1. Vorbemerkungen

a) Sinn und Gegenstand der Darstellung

Ich beschreibe im folgenden die in der Schweiz gängigen Formen der politischen Teilnahme, um die Konsultativabstimmung an ihren Vor- und Nachteilen messen zu können. Dazu kommt, dass jene in vielen Bereichen mit der Konsultativabstimmung konkurrieren und als Alternativen in Frage kommen. Aus diesem Grund ist die Beschreibung an vielen Stellen genauer, als für den Zweck nur gerade dieses Paragraphen nötig wäre.

Die Absicht bestimmt die Auswahl. So werden nur jene Formen des Referendums näher beleuchtet, deren Anwendungsbereich sich mit demjenigen der Konsultativabstimmung überschneidet. Ferner müssen wir, um ihrer Eigenart gerecht zu werden, auch Formen der Willensbildung berücksichtigen, welche (noch) nicht institutionalisiert sind. Die Spannweite reicht hier an sich von Stel-

(8) Die zweite Fragestellung lenkt die Aufmerksamkeit auf den Umstand, dass die Konsultativabstimmung nicht nur die direkte Demokratie in Frage stellt, sondern – wie jeder grossangelegte Versuch, die öffentliche Meinung zu ermitteln – auch das Prinzip der Repräsentation. Dieser Aspekt wird im vorhergehenden und im folgenden Paragraphen behandelt.

(9) Ebenso MUELLER/SALADIN (Problem, S. 411) zur Begründung ihrer These, die schweizerische Demokratie sei eine "Staatsform des Engagements".

lungnahmen in Vernehmlassungsverfahren bis zur Bearbeitung von Parlamentariern durch pressure-groups oder zur Benützung der Massenmedien. Um bei Formen zu bleiben, die sich mit der Konsultativabstimmung vergleichen lassen, beschränke ich mich aber auf Stellungnahmen zu Sachfragen, zu welchen die Verfassung oder die Behörden die Bürger gezielt auffordern. Ausgeschlossen ist somit, neben der eindeutig vorstaatlichen Meinungsbildung, die Wahl, obwohl auch sie ein Sachentscheidungselement enthalten kann (10) und vielleicht das Instrument ist, mit dem der einzelne Bürger am meisten Einfluss auf die Staatswillensbildung nimmt. (11) Unberücksichtigt bleiben ferner die Bürgerinitiativen, obwohl sie zum grossen Teil aus der gleichen Problematik wie die Konsultativabstimmung entstanden sind, denn dieser Ausdruck umschreibt eher eine neue Form bürgerchaftlicher Organisation oder eine neue politische Methode, während ich mich auf einzelne Teilnahmehandlungen konzentriere, die aber ohne weiteres zum Instrumentarium der Bürgerinitiative gehören können. (12) Schliesslich werden jene Mitwirkungsrechte nicht behandelt, welche nicht der Willensbildung, sondern dem Rechtsschutz dienen. (13) Andererseits muss wegen ihrer engen Beziehung zur Konsultativabstimmung die Mitwirkung des Subsystems erwähnt werden, obwohl sie nicht demokratisch, sondern föderalistisch begründet ist.

Innerhalb der behandelten Teilnahmeformen verlaufen die wichtigsten Trennlinien aus Gründen, die später einsichtig werden, zwischen den Volksentscheiden, den verschiedenen Formen der Mitwirkung und der Meinungsforschung. Hingegen ist für unseren Zweck unwichtig, wie weit die Instrumente als politische Rechte (14) institutionalisiert sind. Natürlich lassen sich die politischen Rechte aber besser beschreiben, weil Träger und Anwendungsbereich bekannt sind, während die neueren Formen der Teilnahme noch unscharfe Konturen haben und sich überschneiden.

b) Terminologisches

Mangels eines besseren Begriffs bezeichne ich alle Formen der politischen Teilnahme, die weder Volksentscheide noch Meinungsforschung sind, als "Mitwirkungsrechte", obwohl sie z.T. noch kaum Eingang in die Verfassung gefunden haben.

(10) AUBERT, Referendum, S. 81; Hans HUBER, Gesetzesreferendum, S. 13.

(11) GASSER, S. 144.

(12) Literaturangaben zur Bürgerinitiative findet man bei MUELLER/SALADIN, Problem, S. 411 Anm. 25.

(13) Die Abgrenzung kann schwierig sein, vgl. hinten S. 111.

(14) Zum Begriff vgl. AUER, S. 5 f.

Es hätte nahe gelegen, die Gesamtheit der hier behandelten Instrumente unter dem heute viel gebrauchten Begriff "Partizipation" zusammenzufassen. Ich sehe aus folgenden Gründen davon ab: Das Wort "Partizipation" entspricht genau dem deutschen Wort "Teilnahme". Es gelangte infolge der intensiven Auseinandersetzung mit der modernen amerikanischen Soziologie in unsere Sprache, wobei der Ausdruck "participation" einfach nicht übersetzt wurde. Er wird vor allem in Deutschland gebraucht und unterstreicht die kritische Distanz eines Autors zu den als ungenügend angesehenen Teilnahmemöglichkeiten, die die Verfassung seines Landes vorsieht. Sein Gebrauch ist gekoppelt mit der Sympathie für den aktiven Bürger und oft mit dem Unvermögen, präzise Vorschläge für dessen Integration in den staatlichen Willensbildungsprozess zu machen (15). Z.T. wird der Begriff "Partizipation" auch nur für den Bereich der Raumplanung verwendet, weil es dort auch in Deutschland Ansätze für direktdemokratische Institutionen gibt. (16)

Wegen der Tradition der direkten Demokratie ist die Ausgangslage in der Schweiz anders. Die aktive Beteiligung des Bürgers ist ein altes Postulat, die Kritik hat das vorhandene Instrumentarium zu berücksichtigen, und neue Vorschläge sollen konkret sein. Ein neuer Ausdruck birgt die Gefahr in sich, dass nicht nur sprachlich, sondern auch gedanklich die Verbindung mit dieser Realität abbricht, was notwendige Reformen erschwert, statt befördert. (17)

2. Formen

a) Der Volksentscheid (18)

aa) Im allgemeinen

Der Einbezug der Bürger in den staatlichen Willensbildungsprozess geschieht am augenfälligsten und am einschneidendsten durch die Volksabstimmung über Sachfragen, mit welcher die Stimmbürger darüber entscheiden, ob ein staatlicher Akt rechtswirksam wird oder nicht. Im Ausdruck "Referendumsdemokratie" wird der Volksentscheid sogar zur prägenden Institution des staatlichen Gefüges erhoben. (19)

(15) Vgl. statt vieler ZIMPEL, S. 102 ff.

(16) So in der Arbeit von HOLLIHN.

(17) Vgl. als Beispiel den scheinbaren thematischen Bruch bei SCHAFFHAUSER zwischen den Abschnitten 222 und 223, S. 180.

(18) Ich ziehe diese Bezeichnung den gebräuchlicheren Begriffen "Referendum" oder "Volksabstimmung" vor, um Konsultativabstimmungen eindeutig auszuschliessen.

(19) EICHENBERGER, Zusammenspiel, S. 98.

Der Akt, über den die Stimmbürger entscheiden, wird von einem andern Organ formuliert, nämlich vom Parlament, oder, im Falle einer Volksinitiative, von einer Gruppe von Stimmbürgern. Auch beim sog. Verwaltungsreferendum wird nur über Akte dieser zwei Organe, und nicht der Regierung, abgestimmt, denn das Referendum hat seiner Entstehung nach den Sinn, die Repräsentanten noch stärker an das Volk zu binden, als es die Wahl erlaubt. (20)

Eine intensive Auseinandersetzung mit den vielfältigen Objekten des Referendums und den Mechanismen, die es auslösen, wäre hier fehl am Platz. (21) Im folgenden sollen nur drei mit der Konsultativabstimmung verwandte Formen näher beleuchtet werden.

Anzumerken bleibt, dass zwischen Volksentscheid und Mitwirkungsrechten enge Beziehungen bestehen, auch wenn wir sie für unseren Zweck scharf voneinander unterscheiden müssen. Der Volksentscheid hat vor allem dem Vernehmlassungsverfahren zu seiner Popularität verholfen, weil er unbequem ist und durch jenes z.T. vermieden werden kann. (22)

bb) Grundsatzabstimmung

Von einer Grundsatzabstimmung spricht man, wenn den Stimmbürgern die Möglichkeit eingeräumt wird, neben dem Schlussentscheid bereits in einer früheren Phase des Entscheidungsablaufs Beschlüsse zu fassen, welche die Behörden binden. (23) Es entsteht so ein zweistufiges demokratisches Verfahren. (24)

(20) Vgl. vorn S. 27 f.

(21) Vgl. aber z.B. die "Grammaire comparée du referendum populaire" bei AUBERT, Referendum, S. 482 ff. Zur Funktion des Referendums vgl. hinten S. 118 ff. Zusammenstellungen von Rechtsgrundlagen findet man in den Arbeiten von HERNEKAMP und AUER.

(22) Hinten S. 109.

(23) Gerade die Auseinandersetzung mit der Konsultativabstimmung hat dazu geführt, dass der Begriff "Grundsatzabstimmung" heute ausschliesslich für verbindliche Vorentscheide gebraucht wird; vgl. MUELLER/SALADIN, Problem, S. 419. Die a.a.O. in Anm. 57 festgestellte Abweichung der Terminologie im Kt. SG ist heute insofern gemildert, als das neue Gemeindegesetz für verbindliche Vorentscheide ebenfalls den Ausdruck "Grundsatzabstimmungen" verwendet, vgl. Art. 39 u. 114. Vgl. zur Terminologie auch BGE 104 Ia 231. Wo auch die Stimmbürger an einen eigenen Entscheid gebunden sind, der noch nicht die ganze Vorlage betrifft, spricht man von geteilten oder paketweisen Abstimmungen; vgl. z.B. Christoph LEUENBERGER, Die Abstimmungsmodalitäten bei der Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1978, insbes. S. 45 ff.

(24) Vgl. BRINER, S. 92 f. Der Sprachsinne würde auch Abstimmungen in einer frühen Phase des Entscheidungsprozesses decken,

Das positive Recht sieht mehr Grundsatzabstimmungen vor, als man annehmen würde. So kennen praktisch alle Rechtsordnungen jeder Stufe Abstimmungen über Initiativbegehren, d.h. über die Anregung, ein Rechtsakt sei zu erlassen, aufzuheben oder zu ändern. (25) Dazu gehören alle Abstimmungen über Volksinitiativen in Form der allgemeinen Anregung. Von dieser Möglichkeit, den Gang der Staatstätigkeit durch Volksabstimmungen zu steuern, wird wenig Gebrauch gemacht; am besten bekannt sind vielleicht die Grundsatzabstimmungen über die Frage, ob eine Verfassung totalrevidiert werden soll. (26) Verschiedene kantonale Verfassungen und Gemeindegesetze geben dem Parlament die Möglichkeit, von sich aus Grundsatzabstimmungen anzuordnen, so in den Kantonen Basel-Landschaft (27), Graubünden (28), Nidwalden (29), St. Gallen (30) und Schaffhausen (31). Grundsatzabstimmungen werden ferner im Zusammenhang mit der laufenden Revision verschiedener Kantonsverfassungen ins Auge gefasst, solche über die neue Verfas-

ohne dass eine Schlussabstimmung folgt. So eingesetzt, bringt die Grundsatzabstimmung nur eine Verbesserung der direkten Demokratie, wenn sie eine bisher nicht referendumpflichtige Materie betrifft, nicht aber, wenn bei referendumpflichtigen Erlassen die Volksabstimmung vom Schluss auf die Mitte des Entscheidungsprozesses verlagert wird. Aus der Ansicht des Zürcher RR, der Kanton Zürich könne im Rahmen der Reform der direktdemokratischen Institutionen auf die Einführung der Grundsatzabstimmung verzichten, weil der Erlass von derart reduzierten Gesetzen jetzt schon möglich sei, spricht deshalb nicht gerade ein demokratischer Geist; RR ZH, Staatsverfassung, S. 1864.

(25) BRINER, S. 113.

(26) Vgl. AUBERT, Referendum, S. 489, und AUER, S. 50.

(27) Ueber Grundsatzfragen der Verfassungsrevision mit Varianten, § 49 KV; vgl. dazu RUCH, S. 340 ff.

(28) Art. 12 lit. b G über die Ausübung der politischen Rechte.

(29) An der Landsgemeinde über die Aufnahme einzelner Grundsätze in die Gesetzgebung, Art. 48 u. 49 OrganisationsG; vgl. auch Art. 71 u. 72 GG.

(30) Ueber die Aufnahme einzelner Grundsätze in ein zu erlassendes Gesetz, Art. 48 KV und Art. 30 u. 31 G über Referendum und Initiative; vgl. auch Art. 39 u. 114 GG.

(31) Ueber die Aufnahme einzelner Grundsätze in einen auszuarbeitenden Erlass, Art. 42 Abs. 2 KV. Ob einer solchen Abstimmung wirklich bindende Wirkung zukommt, ist aber unklar; bejahend: MUELLER/SALADIN, Problem, S. 419, und RUCH, S. 344 Anm. 16, offen gelassen in BGE 104 Ia 231 und bei DERENDINGER, S. 395. Andernfalls wäre sie bei den Konsultativabstimmungen (vorn S. 8) einzureihen.

sung (32) oder in der Verfassung. (33) Vor allem den Gemeinden stehen weitere Möglichkeiten offen, ohne Gesetzesänderung Grundsatzabstimmungen durchzuführen, z.B. durch Abstimmungen über die Aufnahme von Aufgabenartikeln in die Gemeindeordnung oder über Projektierungskredite sowie über eine Initiativbegehren von Gemeindebehörden. (34)

cc) Behördenreferendum

Beim Behördenreferendum wird eine Volksabstimmung nicht durch eine Verfassungsbestimmung (obligatorisches Referendum) oder ein Abstimmungsbegehren aus dem Volk (fakultatives Referendum) ausgelöst, sondern durch das Parlament oder – in den seltenen Fällen, wo es in Gemeinden ohne Parlament vorkommt – durch die Exekutive. (35) Dass eine Behörde selber darüber entscheiden kann, ob einer ihrer Beschlüsse der Volksabstimmung unterbreitet werden soll, wirkt im Muster der schweizerischen direktdemokratischen Institutionen als Fremdkörper (36), weshalb diese Form auch "ausserordentliches Referendum" heisst. Je nach dem, ob es automatisch zur Abstimmung führt oder den Stimmbürgern nur Gelegenheit geboten wird, eine solche zu verlangen, unterscheidet man das ausserordentliche obligatorische und das ausserordentliche fakultative Referendum. (37) Im Parlament kann der Entscheid, es anzuordnen, bei der Mehrheit oder einer Minderheit liegen. (38)

Erstauulich viele Gemeinwesen kennen das Behördenreferendum in irgend einer der genannten Formen: Der Bund für Staatsverträge (39) und vierzehn Kantone, nämlich, Aargau, Basel-Stadt,

(32) SO, Art. 78 KV, angenommen in der Volksabstimmung vom 5. April 1981.

(33) § 33 Abs. 1 E zur KV, RR BL, Verfassungsrevision.

(34) Vgl. BRINER, S. 96, 151, 104, 154, 114 ff. u. 161 ff. Neue Normen betreffend die Grundsatzabstimmung kennen z.B. Thun und Olten; vgl. vorn S. 9 Anm. 10 u. 12.

(35) NW, Art. 35 Abs. 1 Ziff. 12 GG; SH, Art. 23 lit. o GG.

(36) HERNEKAMP, S. 22, mit Hinweisen.

(37) HERNEKAMP, S. 145 Anm. 7, S. 203 f.; vgl. auch KOELZ, Ausbau, S. 55. RUCH, (S. 338 Anm. 7) behält den Begriff "Behördenreferendum" dem ausserordentlichen obligatorischen Referendum vor; AUBERT (Referendum, S. 486 f.) behandelt es als eine Art des fakultativen Referendums. AUER (S. 41 f.) unterscheidet in Anlehnung an Giacometti zwischen obligatorischem und fakultativem ausserordentlichem Referendum je nach dem, ob die Mehrheit oder eine Minderheit des Parlaments die Abstimmung verlangen kann, was sprachlich nicht einleuchtet.

(38) HERNEKAMP, S. 87 f., S. 145; AUER, a.a.O., AUBERT, a.a.O.

(39) Art. 89 Abs. 4 BV; vgl. auch Art. 62 Abs. 3 VE zur BV.

Freiburg, Graubünden, Jura, Luzern, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, St. Gallen, Uri, Zug und Zürich. (40) Zehn Kantone sehen es überdies für die Gemeinden vor. (41) In krassem Gegensatz zu dieser Fülle von Rechtsgrundlagen steht die völlige Abwesenheit jeder praktischen Bedeutung. (42) Ein Grund dafür ist sicher das fehlende Bedürfnis, die Legitimität einzelner Parlamentsbeschlüsse zu verstärken, denn es sind vor allem Akte von Regierung und Verwaltung, welche heute an einem Legitimitätsdefizit leiden. (43)

Verabschiedet das Parlament einen Erlass, so entscheidet es, indem es ihn "Gesetz", "allgemeinverbindlicher Beschluss", "Ausgabenbeschluss", "Parlamentsverordnung" usw. tauft, über die Unterstellung unter das Referendum. Je nach dem, wie genau in der betreffenden Rechtsordnung die Zuordnungskriterien umschrieben sind, bleibt ihm dabei ein gewisser Spielraum, ähnlich wie beim Behördenreferendum, aber in engerem Rahmen. Es kann deshalb in einem Grenzfall – oder in einem eindeutigen Fall unter Verletzung der Verfassung – eine Volksabstimmung provozieren, auch wenn dafür keine eindeutige gesetzliche Grundlage vorliegt. (44)

dd) Verwaltungsreferendum

Von den drei Formen der Staatstätigkeit, die man herkömmlicherweise unterscheidet, lassen sich die Rechtssetzung als Setzung generell-abstrakter Normen und die Rechtsprechung als Rechtsanwendung, die über Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen entscheidet, annäherungsweise definieren. Die Definition der Verwaltung als übrige Rechtsanwendung hingegen verschleiert die Tatsache, dass hier sehr verschieden geartete Tätigkeiten zusammengefasst werden.

(40) Für die einzelnen Rechtsnormen vgl. HERNEKAMP, S. 145 Anm. 5 u. 6, und AUER, S. 41 f., sowie AG, § 63 Abs. 1 lit. e KV (neu).

(41) Vgl. HERNEKAMP, S. 87 Anm. 7 u. 8 und S. 88 Anm. 1.

(42) Im Verlauf meiner Arbeit ist mir einzig der bei GASSER (S. 33) erwähnte Zürcher Fall aus dem Jahr 1893 begegnet.

(43) Vorn, S. 23 ff. Vgl. im übrigen zu Problematik des Behördenreferendums hinten S. 176 f.

(44) Vgl. auch AUBERT, Traité, Nr. 1115 u. 1118. Im Bund war diese Praxis vor Inkrafttreten des GVG möglich und gängig: HEROLD, S. 70 ff., und KOELZ, Ausbau, S. 64, insbes. Anm. 73. Die bekanntesten Beispiele aus dem Bereich des Staatsvertragsreferendums sind die Volksabstimmungen über den Beitritt zum Völkerbund (1920) und zur EG (1972), vgl. BBl 1974 II 1138 f. Nach Georg MUELLER (S. 100) schliesst auch die heutige Formulierung von Art. 5 GVG den Erlass von individuell-konkreten Akten in der Form des Bundesgesetzes nicht aus. Für praktische Beispiele vgl. HEROLD, S. 82.

Sie reichen von der rechtssatzgebundenen Rechtsanwendung mit kleinerem und grösserem Ermessensspielraum, wie z.B. dem Erteilen von Bewilligungen, bis zur freien Tätigkeit, wie z.B. der Planung und Erstellung staatlicher Werke oder der Erteilung von Konzessionen. (45) Die Uebergänge zwischen gebundener und freier Verwaltungstätigkeit sind fliessend, und je weniger ein Verwaltungsakt unmittelbare Rechtsanwendung ist, desto grösser ist die Chance, dass er einen politischen Gehalt hat.

Nach dem geltenden Recht ist der Entscheid über Verwaltungsakte durch die politischen Organe (Parlament und Volk) die Ausnahme. Aus rechtsstaatlichen Gründen sind die Bereiche der streng gebundenen Verwaltungstätigkeit auf jeden Fall davon ausgeschlossen; Parlament und Volk sind dafür ebenso ungeeignet wie für die Rechtsprechung. (46) Ferner wurde die politische Kontrolle immer nur für Materien eingeführt, die zur Zeit ein Politikum waren. (47) Sie ist auch heute noch wenig verbreitet. Die Volksabstimmungen über Verwaltungsakte beschränken sich praktisch auf Ausgabenbeschlüsse (48):

Der Bund kennt das Verwaltungsreferendum im Prinzip nicht. Die Einführung des Finanzreferendums sowie die Unterstellung der vom Bund zu erteilenden Wasserrechtskonzessionen unter die Volksabstimmung wurden abgelehnt. (49) Als einzige Ausnahme unterstehen Beschlüsse über den Erwerb weiterer Eisenbahnen oder den Bau neuer Linien dem fakultativen Referendum. (50)

Alle Kantone kennen das Referendum gegen Ausgabenbeschlüsse des Parlaments (51), einzelne gegen weitere Beschlüsse finanzieller Art. (52) Die übrigen Materien lassen sich nicht generalisieren und betreffen etwa die Erteilung von Wasserkraftkonzessionen, die Verleihung des Kantonsbürgerrechts und die Trennung

(45) KOELZ, Ausbau, S. 57 u. 58 f. Die Situation wird noch verwirrt, wenn man die gesamte Tätigkeit der Verwaltungsorgane zum Ausgangspunkt macht und so auch Regierungsakte einbezieht.

(46) Vgl. dazu die Kritik am BB zum AtG, der den eidgenössischen Räten die Erteilung der (polizeilich und wirtschaftspolitisch motivierten) Rahmenbewilligung für Atomkraftwerke überträgt, bei KOELZ (Ausbau, S. 57 Anm. 25) und bei JAGMETTI (S. 223).

(47) KOELZ, Ausbau, S. 56 u. 62.

(48) Zu den Gründen und der Problematik dieser Beschränkung vgl. vorn S. 23 ff.

(49) KOELZ, Ausbau, S. 56 u. 62.

(50) Art. 2 BG über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 23. Juni 1944 (SR 742.31).

(51) Für die Rechtsgrundlagen vgl. HERNEKAMP, S. 130 ff. u. 136 f., oder AUER, s. 35 f. u. 56 f.

(52) Vgl. HERNEKAMP, S. 132 u. 133.

von Gemeinden. (53) Eine neue Form des Verwaltungsreferendums entwickelt sich heute aus den Bemühungen, das Volk in die Aufgabenplanung einzubeziehen. (54)

Am umfassendsten ist die Zuständigkeit der Stimmbürger naturgemäss in den Gemeinden ohne Parlament; sie erstreckt sich auf weite Bereiche der Verwaltung und umfasst neben Finanzpolitik, Einbürgerung, Verleihung von Wasserkraftkonzessionen und Gebietsänderungen sogar die Bewilligung für die Exekutive, einen Prozess zu führen. (55) Ähnliche Materien unterstehen dem Referendum in den Gemeinden mit ausserordentlicher Organisationsform. (56)

Ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, kommt es zu einer Volksabstimmung, wenn das Parlament einen Verwaltungsakt in eine referendumpflichtige Form kleidet. (57)

Diese Uebersicht zeigt, dass es Volksentscheide über Verwaltungsakte auch ausserhalb des Finanzreferendums durchaus gibt, dass aber im Gegensatz zur Gesetzgebung keine Einigkeit darüber besteht, welche Akte der Volksabstimmung zu unterstellen seien.

b) Mitwirkungsrechte

aa) Volksinitiative

Mit der Volksinitiative kann eine Anzahl von Stimmbürgern verlangen, dass eine schon formulierte oder vom Parlament im vorgezeichneten Sinn zu formulierende Vorlage der Volksabstimmung unterbreitet wird. (58) Sie gehört zusammen mit dem Referendum zu den institutionalisierten Formen der politischen Teilnahme. Die Ausgestaltung der Volksinitiative ist eng mit dem Referendum verknüpft: Ihr Ziel ist immer, eine Volksabstimmung auszulösen, und der zulässige Inhalt entspricht den Referendumsmaterien oder ist enger. Dennoch ist die Volksinitiative mehr als nur einer von verschiedenen Mechanismen, welche zum Referendum führen. Sie zwingt Parlament und Exekutive, Themen aufzugreifen, die sie von sich aus nicht oder noch nicht bearbeitet hätten (59), sie bringt genauere Information über Wünsche und Vorstellungen der Bürger in

(53) HERNEKAMP, S. 132 f. u. 137; vgl. auch KOELZ, Ausbau, S. 61.

(54) Vgl. hinten S. 172 f.

(55) Vgl. HERNEKAMP, S. 74 ff.

(56) A.a.O., S. 82 u. 83 f.

(57) Vgl. vorn S. 105.

(58) Art. 121 BV. Zu den übrigen Rechtsgrundlagen vgl. HERNEKAMP, S. 78 f., 85 f., 139 ff., und AUER, S. 49 f., 52 ff. u. 55.

(59) EICHENBERGER, Zusammenspiel, S. 98.

das politische System ein (60) und gibt diesen die Möglichkeit, das Gesicht des Staates mitzuprägen.

bb) Referendumsbegehren

Das Begehren, über einen dem fakultativen Referendum unterliegenden Erlass sei eine Volksabstimmung durchzuführen, ermöglicht wie die Initiative einem Teil der Stimmbürger, ihren Widerspruch zur Arbeit des Parlaments anzumelden. (61) Bei der Volksinitiative führt dieser zu Vorschlägen für neue oder andere Inhalte, hier nur zu einer Aenderung des Verfahrens, indem es um die Stufe der Volksabstimmung erweitert wird.

cc) Vernehmlassungsverfahren

Schon mit dem Vernehmlassungsverfahren verlassen wir den sicheren Boden der politischen Rechte und befinden uns im Grenzbereich von Verfassungsrecht und vorrechtlicher öffentlicher Meinungsbildung. (62)

Als Vernehmlassung bezeichnet man die schriftlichen Stellungnahmen von Kantonen, Gemeinden, Verbänden, Wirtschafts- und anderen Organisationen zu Gesetzesentwürfen im vorparlamentarischen Verfahren. In den meisten Gemeinwesen gibt es weder eine grundsätzliche Norm noch Vorschriften darüber, zu welchen Fragen ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen sei, wer dazu eingeladen werden solle und wie die zuständige Amtsstelle die Antworten würdigen solle. (63) Auch die angefragten Organisationen können frei entscheiden, von wem und wie die Antwort abgefasst wird, und wählen ganz verschiedene Verfahren. (64)

(60) SCHAFFHAUSER, S. 322.

(61) AUBERT, Referendum, S. 488, und SCHAFFHAUSER, S. 317. Zu den Rechtsgrundlagen vgl. HERNEKAMP, S. 77, 83 ff. und 133 ff., sowie Art. 89 Abs. 2 u. 3 BV.

(62) Vgl. Hans HUBER, Fehlgebrauch. Während diese unklare Stellung im letzten Paragraphen zu Rechtsproblemen führte, spielt sie hier keine Rolle.

(63) Vgl. immerhin für den Bund Art. 27ter Abs. 2, Art. 32 Abs. 3, Art. 34ter Abs. 4 BV sowie die vorn S. 85 erwähnten Normen. Vgl. auch die Vorarbeiten zu verschiedenen neuen Kantonsverfassungen, z.B. BL, § 35 E zur KV, RR BL, Verfassungsrevision.

(64) Die naheliegende Vermutung, dass das Verfahren bei grösseren Kantonen und Verbänden differenzierter sei, ist inzwischen wissenschaftlich erhärtet worden; vgl. KRIESI, S. 238 ff.

Das Vernehmlassungsverfahren hat in erster Linie den Sinn, möglichst viel Information über die Probleme und Bedürfnisse der durch ein Gesetz Betroffenen in die Vorarbeiten einfließen zu lassen. Sodann soll es zu referendumssicheren Vorlagen führen, indem die Forderungen der referendumsfähigen Verbände von Anfang an berücksichtigt werden. (65) Die Ablösung des Referendums durch die Vernehmlassung hat nun aber bewirkt, dass diese aufgehört hat, ein reines Informationsinstrument zu sein und beansprucht, einem staatlichen Akt auch die dem Referendum eigene Legitimität zu verleihen. Ein Indiz dafür sind die in letzter Zeit immer häufiger auftretenden Vernehmlassungen über Erlasse, welche gar nicht dem Referendum unterstehen, so z.B. über die vom Bundesrat zu erteilende Rahmenbewilligung für Atomkraftwerke (66) und über die Verordnungen des Bundesrates zum Tierschutzgesetz (67) und zum Umweltschutzgesetz. (68) Bedenkt man, dass der Bundesrat in allen drei Fällen hochpolitische Entscheide fällen muss – in den Verordnungen gesetzgeberische Entscheide, um die sich das Parlament gedrückt hat –, berücksichtigt man ferner die neue Tendenz, statt Einzelfragen Grundsatzentscheide in grossen Landesfragen in die Vernehmlassung zu geben (69), so wird deutlich, dass dieses Verfahren auch der Legitimation von Entscheiden dient. Es stellt wie die Meinungsumfrage einen Versuch der Behörden dar, der verschwommenen Grösse der öffentlichen Meinung, an welcher sie sich orientieren sollte, konkrete Aussagen abzurufen. (70) Wenn es stimmt, dass am Vernehmlassungsverfahren zu einer sehr wichtigen Frage total nur rund zweitausend Personen beteiligt sind (71), und in Anbetracht der mageren rechtlichen Grundlagen ist das ein fragwürdiges Unterfangen.

(65) Vgl. statt vieler AUER/DELLEY, S. 127 ff., mit Hinweisen auf die Arbeit "Plebiszit und pluralitäre Demokratie" von Leonhard NEIDHART (Bern 1970), die diese Funktion des Referendums erschöpfend behandelt.

(66) Art. 6 BB zum AtG.

(67) NZZ vom 29. Mai 1981 Nr. 122 S. 34.

(68) Vgl. Art. 33 Abs. 3 E zum UmweltschutzG, BBl 1979 III 846.

(69) So die Umwandlung der Halbkantone in Vollkantone, die Ratifikation der Europäischen Sozialcharte und den Beitritt zu den Vereinten Nationen: Hans HUBER, Fehlgebrauch.

(70) Die Kritiker sehen in beiden Formen der Befragung einen Angriff auf das Repräsentativsystem; vgl. für das Vernehmlassungsverfahren Hans HUBER, a.a.O., für die Meinungsforschung HENNIS, insbes. S. 32 ff.

(71) So die z.T. auf Berechnungen beruhende Annahme von KRIESI, S. 255.

dd) Offene Planung, Einspracheverfahren, Hearings

Während wir bis jetzt einzelne Teilnehmehandlungen betrachtet haben, liegt bei der offenen Planung das Augenmerk auf dem ganzen dem Entscheid vorangehenden Prozess und wird danach gefragt, in welchem Zeitpunkt welche Betroffenen in welcher Form an diesem Prozess teilnehmen sollten. Diese Fragestellung drängt sich auf in einer Zeit, in welcher Entscheide immer langfristiger, zusammenhängender und unter Einbezug von immer mehr Variablen vorbereitet werden, in der man eben plant. (72) Alle Mitwirkungsrechte sowie Meinungsumfragen und Grundsatzentscheide können Teil eines offenen Planungsverfahrens sein.

Staatliche Planung kann sich auf Aufgabenbereiche beziehen (Finanzplanung, Schulplanung), auf die Nutzung des Bodens (Raumplanung, Quartierplanung) oder auf die Errichtung einzelner Werke. (73) Vor allem bei der Raumplanung hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass der Einbezug der Betroffenen nicht nur eine demokratische, sondern auch eine praktische Notwendigkeit sei, weil er den Erfolg mitbestimmt. (74) Das Interesse eines Staates an der offenen Planung ist deshalb nicht abhängig von seiner sonstigen Einstellung zur direkten Demokratie (75), und es wird in der Schweiz durch die Anhänglichkeit an die traditionellen Teilnahmeformen offenbar eher geschwächt als gestärkt.

Typische Gremien der offenen Planung sind Bürgerforen, Stadtteilversammlungen, aus Bürgern und Mitgliedern der Verwaltung zusammengesetzte Kommissionen usw., typische Mittel der Meinungsbildung neben der Aussprache in den genannten Gremien Direktkontakte, Umfragen, Hearings und Beratungsstellen. (76) Je nach den Umständen können die Behörden mit formulierten Problemstellungen und Lösungsvorschlägen an die Bevölkerung gelangen oder auch diese offen lassen. (77)

In der Schweiz werden solche Formen der Planung hie und da freiwillig praktiziert, scheinen bis jetzt aber keinen Eingang ins positive Recht gefunden zu haben (78), auch nicht ins Raumplanungsrecht, wo die Diskussion um die Demokratisierung schon lange im Gang ist. Hier ist die einzige Form der direkten Bürgerbeteiligung das sog. Einspracheverfahren, welches zwischen dem Antrag der Exekutive und der Beschlussfassung der zuständigen

(72) Zur Definition der Planung vgl. KNOEPFEL, S. 7 ff.

(73) JAGMETTI, S. 216 f.

(74) KNOEPFEL, S. 143 ff.; HOLLIHN, S. 20 u. 27.

(75) Vgl. z.B. die bei HOLLIHN (S. 147 ff.) beschriebenen englischen und deutschen Modelle.

(76) KNOEPFEL, S. 187 u. 218 f.; HOLLIHN, S. 135 ff.; SCHAFFHAUSER, S. 324.

(77) LINDER/HOTZ/WERDER, S. 225.

(78) Ebenso SCHAFFHAUSER, S. 358.

Behörde eingeschaltet wird. (79) Es ist funktionell ein Ersatz für fehlende Partizipationsmöglichkeiten in einer früheren Phase, kommt zu spät, weil der fertige Plan grundlegende Änderungen nicht mehr zulässt, und mobilisiert von den Betroffenen nur die Grundeigentümer. (80) Die Abgrenzung zum Rechtsmittel ist unklar (81) und die berechnete Forderung nach einer sauberen Trennung von demokratischer Teilnahme und Rechtsschutz missachtet. Eine mit der gleichen Problematik behaftete Einsprache für jedermann sieht Art. 5 Abs. 1 des BB zum AtG vor. (82)

Im Zusammenhang mit der Bewilligung von Atomkraftwerken ist noch eine weitere Erscheinung zu nennen, welche eine Form der politischen Teilnahme sein könnte. Verschiedene Gespräche zwischen dem Bundesrat, Atomexperten und Vertretern der Atomkraftwerkgegner wurden in der Presse als "Hearings" bezeichnet. (83) Mit diesem Ausdruck beschreibt man normalerweise die Einvernahme von Experten oder Beamten durch eine parlamentarische Kommission im Rahmen der parlamentarischen Gesetzgebungs- und Verwaltungskontrollbefugnisse. Die Institution hat in den USA grosse Bedeutung, scheint sich in der BRD zunehmender Beliebtheit zu erfreuen (84) und existiert, wenn auch in bescheidener Form und ohne Namen, auch in der Schweiz. (85) In ihrer klassischen Ausprägung dient sie der Arbeit innerhalb des Parlaments und nicht ihrer demokratischen Öffnung. Wie bei allen wenig formalisierten Verfahren ist es aber je nach dem politischen Klima möglich, dass Hearings oder ähnliche Informationsgespräche die Funktion bekommen, weitere Bevölkerungsgruppen in einen Entscheidungsprozess einzubeziehen.

(79) Vgl. KNOEPFEL, S. 223, und für den Kanton Zürich HALLER, Raumplanung, S. 176 lit. c) und e).

(80) Vgl. die einlässliche Kritik von KNOEPFEL, S. 224 ff.

(81) A.a.O., S. 226.

(82) JAGMETTI, S. 222 f.

(83) NZZ vom 26. Jan. 1980 Nr. 21 S. 33.

(84) Friedrich Walter APPOLDT, Die öffentliche Anhörung ("Hearings") des Deutschen Bundestags, (Diss. München) Berlin 1971, S. 21 f. u. S. 122 f.

(85) Vgl. Art. 47bis Abs. 1 u. 2 GVG.

ee) Petition

Das Petitionsrecht (86) sichert dem einzelnen die Möglichkeit, Bitten oder Aufforderungen an eine Behörde zu richten, ohne Nachteile befürchten zu müssen. (87) Als Recht garantiert es nicht – positiv – die politische Teilnahme, sondern – negativ – Schutz vor staatlichem Zugriff. (88) Die geschützte Äusserung kann jeden beliebigen Inhalt haben. (89) Neben Petitionen ganz privaten Charakters erhalten die Behörden auch solche, die man zur politischen Teilnahme rechnen kann, weil die Petenten nicht nur ihre persönlichen, sondern allgemeinere Interessen vertreten. (90) Sie können darin erfolgreich sein, wenn die Idee der Petition in das Rechtssetzungsverfahren einfliesst, weil ein Parlamentarier sie in eine Initiative aufnimmt (91), oder wenn eine Massenpetition als Spiegel der öffentlichen Meinung gewertet und berücksichtigt wird. (92) Weil die Behörden zwar die Pflicht haben, eine Petition anzunehmen und einzusehen, jedoch in der weiteren Behandlung völlig frei sind (93), ist ihre Wirksamkeit immer ungewiss. (94)

c) Demoskopie

Auch die Meinungsforschung durch den Staat oder auf seine Veranlassung hin ist eine Form des Einbezugs der Bürger in den staatlichen Willensbildungsprozess, aber eine Form, die zu den bisher behandelten merkwürdig quer liegt und deshalb eine eigene Kategorie bildet.

Mit der Volksabstimmung hat die Demoskopie den Anspruch gemeinsam, für die Meinung der Gesamtbevölkerung repräsentativ zu sein (95), während die Mitwirkungsrechte immer nur einzelne

(86) Art. 57 BV: "Das Petitionsrecht ist gewährleistet." Für die Kantonsverfassungen vgl. RAISSIG, S. 17 ff.

(87) A.a.O., S. 4.

(88) A.a.O., S. 48.

(89) Ausgenommen sind widerrechtliche Petitionen: a.a.O., S. 24.

(90) Vgl. die Kasuistik bei RAISSIG, S. 87 ff.

(91) A.a.O., S. 109.

(92) Vgl. z.B. die Petition der Gewaltfreien Aktion Kaiseraugst (vorn S. 43 f.), die mit 12'662 Unterschriften versehen war, oder die bei Walter BUSER (Betrachtungen zum schweizerischen Petitionsrecht, in: Festschrift Bundesrat H.P. Tschudi, Bern 1973, S. 49) angeführten Massenpetitionen, die Unterschriftenzahlen von 82'000 bis 599'000 aufwiesen.

(93) RAISSIG, S. 7.

(94) Das gilt in unterschiedlichem Mass für alle Mitwirkungsrechte; vgl. hinten S. 120 f.

(95) Mit der Einschränkung, dass das Ergebnis der Volksabstim-

Bürger oder Gruppen mobilisieren. Trotzdem erfassen weder die Volksabstimmung noch die Meinungsumfrage je die effektive Gesamtbevölkerung. (96) Während bei der Volksabstimmung jene, die sich nicht äussern, unberücksichtigt bleiben und ein hoher Prozentsatz von Stimmenthaltungen zu einem Legitimitätsdefizit führen kann, ist die Beschränkung der Befragung auf einen repräsentativen Querschnitt für die Demoskopie typisch und ein Grund ihres Erfolgs. (97)

Mit den Mitwirkungsrechten hat die Meinungsforschung gemeinsam, dass sie nicht wie die Volksabstimmung Entscheide herbeiführt, sondern den Behörden Information zur Vorbereitung von solchen liefert. Hingegen ist die Stellung des angesprochenen Bürgers ganz verschieden. Bei den Mitwirkungsrechten ist er Subjekt und bedient sich aktiv einer vom Staat eröffneten Möglichkeit der politischen Teilnahme, bei der Demoskopie ist er passives Objekt. (98)

Im Unterschied zu allen bisher behandelten Teilnahmeformen ist die Demoskopie ferner gar keine spezifisch staatliche Veranstaltung. Sie kann auch für andere Zwecke (z.B. Marktforschung oder Sozialforschung) eingesetzt werden, und auch ihr Hauptanwendungsgebiet, die Vorhersage von Wahlergebnissen (99), liegt ausserhalb der eigentlichen Staatstätigkeit. (100) Von staatlichen Behörden selbst durchgeführte Umfragen und Rechtsgrundlagen zu solchen sind selten. (101) Um ein vollständiges Bild zu erhalten, müssten wir jedoch auch Umfragen berücksichtigen, welche Private und kommerzielle oder universitäre Institute im Auftrag des Staates oder mit seiner finanziellen Unterstützung durchführen. (102)

mung immer dem ganzen Volk zugerechnet wird, während die Meinungsumfrage je nach ihrer Anlage auch für eine andere Gruppe gelten kann.

- (96) Manfred KUHN (Umfragen und Demoskopie, Allensbach und Bonn 1959, S. 20) bezeichnet deshalb beide als Fiktion.
- (97) BECK, S. 184. In kleinen Gemeinwesen sind natürlich auch Meinungsumfragen bei der ganzen Bevölkerung möglich.
- (98) HENNIS, S. 54.
- (99) BECK, S. 184.
- (100) Weil im schweizerischen Regierungssystem eine Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse im Parlament keine unmittelbaren Konsequenzen hat und die direktdemokratischen Institutionen die Bedeutung der Wahl zusätzlich mindern, spielt bei uns diese Art der Meinungsforschung eine kleinere Rolle als im Ausland.
- (101) Vgl. aber die Normen von Thun, Olten und des Kt. Solothurn, vorn S. 9 u. 10.
- (102) Bei SCHMIDTCHEN fehlen Angaben zur Situation in der Schweiz, während er für die Bundesrepublik Deutschland und die USA eindruckliche Listen aufstellt; vgl. S. 33 ff.

Die bisher besprochenen Formen der politischen Teilnahme geniessen alle eine gewisse Anerkennung. Entweder sind sie positives Recht (Referendum und Initiative), oder die Lehre schlägt vor, sie darin aufzunehmen (Verwaltungsreferendum, offene Planung), oder sie sind aus der Praxis nicht mehr wegzudenken (Vernehmlassung). Gegen die Meinungsforschung gibt es hingegen grundsätzliche Einwände:

Sie richten sich in erster Linie gegen ihre Integration in den staatlichen Willensbildungsprozess. Vor allem HENNIS betont den repräsentativen Charakter der Demokratie und legt ausführlich dar, weshalb die Ergebnisse von Meinungsumfragen niemals mit der öffentlichen Meinung, welche legitimierende Grundlage der Herrschaft durch die Repräsentanten sei, gleichgesetzt werden dürfe. (103) Nach ihm muss der Träger der öffentlichen Meinung ermittelt und die Qualität ihres Inhalts beurteilt werden. Die anonyme, durch die Addition unreflektierter Einzelmeinungen zusammengesetzte Meinung nennt er im Gegensatz dazu "gemeine Meinung". (104) Weil in der direkten Demokratie die anonyme Volksmeinung unter bestimmten Voraussetzungen von der Verfassung zum Staatswillen erhoben wird (105), erscheint die Meinungsforschung hier zunächst mehr als eine natürliche Ergänzung des vorgezeichneten Willensbildungsprozesses denn als Einbruch. (106) Bei dieser Argumentation übersieht man aber, dass auch die direkte Demokratie von einer klaren Trennung zwischen staatlicher und vorstaatlicher Meinungsbildung ausgeht, dass die Volksabstimmung gar nicht den Anspruch erhebt, die öffentliche Meinung wiederzugeben, sondern lediglich die Stimmbürger für ihre Folgen verantwortlich macht und schliesslich – und das ist der gewichtigste Einwand –, dass der Stimmbürger bei der Volksabstimmung aufgerufen ist, für die Gemeinschaft zu handeln, weshalb er sich verantwortlich und nicht, wie bei einer Umfrage, spontan äussert. (107)

Aus diesen Gründen kann die Demoskopie die direkte Demokratie weder ersetzen noch ergänzen, sondern höchstens als Mittel sozialwissenschaftlicher Diagnose neben den formellen Willensbildungsprozess treten. (108) Sie kann gleichsam das Innenleben der Gesellschaft erhellen, ihre Wünsche, ihre Sorgen, ihre Denk- und Handlungsweisen sichtbar machen und dadurch die Reaktionsfähigkeit des politischen Systems verfeinern. (109) Diese Idee ist an

(103) S. 20.

(104) S. 27 u. S. 32 ff.

(105) KUHN (S. 292 ff.) spricht von existentieller und konstitutioneller Repräsentation.

(106) In diesem Sinn KUHN, S. 300.

(107) Vgl. SCHMIDTCHEN, S. 22, mit Hinweis auf die grundlegende Kritik von Imboden, und S. 26. Zur staatsrechtlichen Funktion der Meinungsforschung vgl. auch hinten S. 126 ff.

(108) A.a.O., S. 22.

(109) A.a.O., S. 21, 28 u. 30.

sich faszinierend, widerspricht aber letztlich dem staatsrechtlichen Denken, jedenfalls in seiner traditionellen Ausprägung. Sie behandelt innere Vorgänge als Tatsachen und macht den einzelnen Menschen und die Gesellschaft zum Forschungsobjekt. Das Staatsrecht hingegen behandelt Mensch und Gesellschaft als Subjekt, es fragt nach ihrem Willen, den es zum konstitutiven Element des Staates macht, sie sind der Staat. Untersucht man nun das psychische Umfeld, in dem dieser Wille entsteht, auf für den Staat nützliche Information hin, so siedelt man die Gesellschaft gleichzeitig ausserhalb des Staates an. Die beiden Betrachtungsweisen sind grundsätzlich unvereinbar. Angesichts der Tatsache, dass der hochdifferenzierte Leistungsstaat unter dem Zwang steht, sich um jeden Preis ein Maximum an Information zu verschaffen, kann man diese Ueberlegung anachronistisch nennen. Angesichts der Tatsache, dass das Schicksal der Demokratie besiegelt ist, wenn die Bürger ihrerseits beginnen, den Staat als ein Gebilde zu betrachten, das ausserhalb von ihnen besteht, hat die herkömmliche Betrachtungsweise einen tiefen Sinn. Die Meinungsforschung durch den Staat muss deshalb auf ein notwendiges Minimum beschränkt werden und soll, wo immer möglich, echten Entscheidungs- und Mitwirkungsrechten Platz machen. (110)

d) Die politische Teilnahme des Subsystems

Wir sind im ersten Teil dieser Arbeit einer grossen Gruppe von Konsultativabstimmungen begegnet, deren Ursache weniger in einer direktdemokratischen als in einer föderalistischen Problematik liegt. Um ihnen gerecht zu werden, müssen wir sie in den Rahmen der Mitwirkung des Subsystems im föderalistisch gestalteten Entscheidungsprozess stellen. Die Formen der Mitwirkung des Subsystems lassen sich auf ähnliche Weise gliedern wie die der Teilnahme der Bürger.

aa) Vetoposition

Analog dem Volksentscheid legt das Subsystem durch ein Veto fest, ob ein Entscheid, den es nicht selbst gefällt hat, rechtswirksam wird. Das Veto bedeutet aber einen so starken Einbruch in die Kompetenz des übergeordneten Systems, dass es allgemein als widersinnig abgelehnt wird. (111) In zwei Bereichen ist das System

(110) Im gleichen Sinn verlangt KOELZ (Reform, S. 52), grossangelegte Meinungsumfragen seien vom Parlament anzuordnen. Ob es dabei nicht zu einer unerwünschten Aufwertung und Integration in den staatlichen Willensbildungsprozess kommen würde, ist allerdings offen.

(111) Vgl. vorn S. 50 f.

doppelter oder mehrfacher Zustimmung allerdings unumstritten. Beidesmal sind die Stimmbürger das Organ, das im Subsystem über das Veto entscheidet:

Beim Ständemehr kann eine wechselnde Mehrheit von Kantonen verhindern, dass eine von den Bundesorganen befürwortete Verfassungsänderung wirksam wird. (112) Diese Regelung dient dem Schutz der föderalistischen Ordnung und erlaubt den Kantonen, ihre nach den Regeln über die Kompetenzkompetenz in der Bundesverfassung sonst in letzter Konsequenz mögliche Abschaffung zu verhindern. (113) Sodann machen viele Kantone und der Bund eine Aenderung im Bestand der Gemeinden bzw. der Kantone davon abhängig, dass die Bevölkerung der betroffenen Subsysteme zustimmt. (114) Diese Anordnungen können als Versuch verstanden werden, den Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts der Völker wenigstens soweit zu verwirklichen, dass ein Gemeinwesen seine Umwandlung zwar nicht allein beschliessen, aber immerhin verhindern kann. (115)

Wo es vorkommt, wird das Veto also als Waffe verstanden, mit dem ein Subsystem seine bare Existenz verteidigt. (116) Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich die verschiedenen neueren Volksinitiativen aus Umweltschutzkreisen, welche (erfolglos) die Vetoposition des Subsystems einzuführen versuchten, ähnlich begründen liessen: Die im Februar 1979 verworfene eidgenössische Atomschutzinitiative sah vor, dass die Stimmberechtigten der Standortgemeinde und der angrenzenden Gemeinden zusammen sowie die Stimmberechtigten jedes Kantons, dessen Gebiet bis dreissig Kilometer an die Anlage heranreicht, der Errichtung eines Atomkraftwerkes zuzustimmen hätten. (117) Die eidgenössische Volksinitiative

(112) Art. 123 BV. Kritisch: KNOEPFEL, S. 176.

(113) Vgl. Fritz FLEINER/Zaccaria GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1976, S. 111.

(114) Neben derjenigen des neu zu bildenden Gebietes. Für den Bund vgl. AUBERT, Traité, Nr. 541, und die Botschaft des BR an die Bundesversammlung über die Gewährleistung des Zusatzes zur Staatsverfassung des Kantons Bern hinsichtlich des Jurassischen Landesteiles, BBl 1970 II 554, mit Hinweisen. Für die Kantone vgl. MEYER, S. 225 ff., 245 u. 248 f.

(115) Diese Interpretation ist für unseren Zweck genügend, jedoch gewaltig vereinfacht. Für genauere Ausführungen vgl. Jörg Paul MUELLER/Luzius WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, Bern 1977, S. 170 ff. (zum Selbstbestimmungsrecht der Völker), sowie Harald HUBER, insbes. S. 60 ff., 119 ff. u. 137.

(116) In der Leiter der Formen des Einbezugs des Subsystems ist es gleichsam die Stufe über der Anhörung und unter dem eigenen Entscheid.

(117) Vgl. BBl 1977 III 355 ff. Kritisch dazu JAGMETTI, S. 221 und KNOEPFEL, S. 176 Anm. 289. Die problematische Anforderung, die Stimmberechtigten hätten zuzustimmen, ist in unserem Zusammenhang ohne Bedeutung.

gegen den Fluglärm verlangte, dass Vorlagen über Bau und Betrieb eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Flugplatzes von den Stimmbürgern im Bund und im Standortkanton angenommen werden müssen. Bei nicht dem öffentlichen Verkehr dienenden Flugplätzen hätten die betroffenen Kantone und Gemeinden einzeln zustimmen müssen. (118) Die Initiative der POCH "Parkhäuser vors Volk" schliesslich verlangte, dass im Kanton Zürich Parkieranlagen mit mehr als zweihundert öffentlich zugänglichen Abstellplätzen in einem kommunalen Verkehrsplan enthalten sein müssen, wodurch eine Gemeinde den regionalen oder kantonalen Richtplan hätte durchkreuzen können. (119)

Auf die Frage, ob das Veto im Sinne dieser Vorstösse neu belebt werden sollte, werden wir später eingehen. (120)

bb) Anhörung

Mit der Anhörung des Subsystems haben wir uns im letzten Paragraphen eingehend befasst, und es kann auf jene Ausführungen verwiesen werden. (121)

cc) Varia

Neben den bisher genannten Formen der Mitwirkung haben im Bund acht Kantone das Recht, das Referendum zu verlangen. Fünf Kantone können verlangen, dass sich die eidgenössischen Räte zu einer ausserordentlichen Session versammeln. (122) Beide Regeln sind nie in die Praxis umgesetzt worden.

Grosse praktische Bedeutung haben hingegen die nicht institutionalisierten direkten Kontakte zwischen Beamten oder Regierungsmitgliedern von Bund, Kantonen und Gemeinden. Sie sind vielleicht die wirksamsten Kanäle, über welche Kantone und Gemeinden auf die übergeordneten Gemeinwesen Einfluss nehmen. (123)

(118) Der Initiativtext ist nicht im Bundesblatt publiziert, weil die Initiative lanciert wurde, bevor das BG über die pol. Rechte (vgl. Art. 69 Abs. 4) in Kraft trat.

(119) Zuständig wären je nach Organisationsform die Stimmbürger oder der Grosse Gemeinderat; vgl. Bericht und Antrag des RR an den Kantonsrat zur Initiative, ABl 1980 S. 713 ff., insbes. S. 719. Die Initiative wurde von den Stimmbürgern am 27. Sept. 1981 abgelehnt.

(120) Vgl. hinten S. 177 ff.

(121) Vgl. vorn S. 85.

(122) Art. 89 Abs. 2 u. 3, Art. 89bis Abs. 2 und Art. 86 Abs. 2 BV.

(123) BAUMGARTNER, S. 75 u. 89 f.

Die Mitwirkung der Glieder bei der Willensbildung des Gesamtstaates ist im föderalistischen Staat selbstverständlich. Einerseits verbindet sie die Gliedstaaten mit dem Gesamtstaat und bildet ein Gegengewicht zur Autonomie der Gliedstaaten. Andererseits fördert sie die Autonomie, indem sie den Gliedstaaten die Möglichkeit gibt, über die Einflussnahme auf das entscheidende Gemeinwesen das eigene Geschick zu beeinflussen. In dieser Begründung ist sie mit der demokratischen Mitwirkung des einzelnen Bürgers verwandt. (124)

3. Funktion: Volksentscheid, Mitwirkungsrechte und Meinungsfor- schung im Vergleich

a) Funktion im Entscheidungsablauf

"Entscheidungsprozesse werden durch das Erkennen eines Problems und seine Artikulierung eingeleitet; über die Situationsanalyse, die Sammlung von Information und deren Verarbeitung, die Formulierung von Lösungsalternativen und deren Verwertung, die Rückfrage und allfällige Erweiterung der Information verläuft der Entscheidungsprozess bis zur Beratung mit dem abschliessenden Entscheidungsbeschluss." (125) Diese Beschreibung macht deutlich, dass jeder Entscheidungsprozess zwei Komponenten aufweist, nämlich einerseits das Sammeln von Entscheidungsgrundlagen, d.h. den Aufbau von Komplexität, und andererseits allfällige Vorentscheide und den Endentscheid, die immer Abbau von Komplexität bedeuten. (126) Den Entscheid inhaltlich bestimmen kann nur die erste Komponente, herbeigeführt wird er nur durch die zweite, die zwangsläufig nur negative Wirkung hat, indem bis auf die obsiegende alle Alternativen, welche in der Aufbauphase formuliert wurden, ausgeschlossen werden. Die Stimmbürger können in beiden Phasen eine Rolle spielen: in der ersten durch Beteiligung über Mitwirkungsrechte und Meinungsumfragen, in der zweiten als alleinige Akteure über den Volksentscheid. Diese Instrumente entsprechen in ihrer Ausgestaltung der jeweiligen Entscheidungsphase:

Die Mitwirkungsrechte sind differenzierend. Ueber Vernehmlassungen, offene Planung und Hearings erhalten die Behörden unschätzbare Auskünfte über Regelungsbedürfnis und Durchsetzungs-

(124) Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (Kommission Wahlen), Bern 1973, S. 300.

(125) SCHAFFHAUSER, S. 155.

(126) Die etwas technische, aber zutreffende Umschreibung "Auf- und Abbau von Komplexität" stammt von SCHAFFHAUSER, S. 317.

chancen, rein sachliche Angaben über die tatsächliche Situation oder das technisch Machbare und Lösungsvorschläge. Diese Verfahren sind offen, Rückfragen und ausführliche Begründungen sind möglich. Die Konkurrenz verschiedener Interessengruppen um den Einfluss bringt oft Stellungnahmen von grosser Qualität hervor. Auch die Volksinitiative genügt einem Informationsbedürfnis, indem sie ein Anliegen der Bevölkerung in den staatlichen Entscheidungsprozess einbringt, dessen Bedeutung die Repräsentativorgane zu gering eingeschätzt haben, und indem sie die im Volk ruhende Fähigkeit zur politischen Gestaltung ausnützt. (127) Die Möglichkeit, über eine vielschichtige Fragestellung differenzierte Auskünfte zu erhalten, begründet schliesslich auch das Interesse an der Meinungsforschung.

Die Volksabstimmung dient dem Abbau von Komplexität. Die Mehrheit legt ohne weiteres fest, was für alle gilt. Als Entscheidungsverfahren geniesst sie grösste Anerkennung (128), hingegen ist sie kein Informationsinstrument. Mit Sicherheit gibt sie nur Auskunft darüber, wieviele Prozent der stimmenden Bürger für oder gegen eine Vorlage sind; sie verrät aber nicht, weshalb jemand stimmt und weshalb Ja oder Nein, und welche Vorbehalte und Verbesserungsvorschläge er anbringen möchte. (129)

Die Zuordnung der Teilnahmeformen zu den verschiedenen Entscheidungsphasen ist deshalb bedeutsam, weil die Konsultativabstimmung grundsätzlich keiner dieser Phasen gerecht wird. (130)

b) Staatsrechtliche Funktion

Die Teilnahme der Bürger am staatlichen Entscheidungsprozess wird allgemein mit folgenden Wirkungen begründet: Sie verwirklicht das Postulat der Selbstbestimmung, integriert den Bürger ins Staatswesen, öffnet Informationskanäle zwischen Bürgern und Behörden, gibt den Bürgern die Möglichkeit der Kontrolle und legitimiert das staatliche Handeln. (131) Ideell steht die Selbstbestimmung sicher an erster Stelle. Weil im Repräsentativstaat unmittelbare Staatslenkung durch das Volk aber auf punktuelle Eingriffe beschränkt bleiben muss, sind praktisch Integration, Information und Kontrolle

(127) Vgl. z.B. SCHAFFHAUSER, S. 323. Die gleichen Eigenschaften hat, wenn auch mit weniger Durchschlagskraft versehen, die Petition: RAISSIG, S. 115.

(128) Zu den Gründen vgl. den Aufsatz von BRIDEL.

(129) SCHMIDTCHEN, S. 23; SCHAFFHAUSER, S. 211.

(130) Vgl. hinten S. 125.

(131) Vgl. etwa EICHENBERGER, Zusammenspiel, S. 108; GASSER, S. 151 ff.; SCHAFFHAUSER, S. 157 ff.

wichtiger. Ihre Wertschätzung basiert auf der Einsicht, dass Regierende und Regierte nicht identisch sind, dass die Kluft aber möglichst klein bleiben muss. (132)

Im Gegensatz zu den andern Wirkungen kann Legitimation nicht einzig durch politische Teilnahme erreicht werden. Eine Norm ist legitim, wenn die Rechtsunterworfenen sie als Norm anerkennen und befolgen. Das geschieht immer und nur dann, wenn sie einer von den Menschen einer bestimmten Zeit anerkannten Quelle entspringt. (133) Diese Anerkennung genießt heute bei uns nur das Volk, denn die Idee, dass der Mensch nur solchen Beschränkungen unterworfen sein sollte, die er sich selber auferlegt hat, hat seit Rousseau nichts an Kraft eingebüsst, und jede politische Gruppierung beruft sich darauf. Die Legitimierung staatlicher Akte geschieht deshalb nicht unmittelbar durch die politische Teilnahme, sondern ist eine Auswirkung des Umstandes, dass in dieser der demokratischen Idee mehr oder weniger Gerechtigkeit widerfährt.

Häufig werden die erwähnten Wirkungen global allen Formen der politischen Teilnahme zugeschrieben. Sie treten jedoch in ganz unterschiedlichem Mass und auf verschiedene Weise auf, was für die Beurteilung der Konsultativabstimmung von Bedeutung ist.

aa) Selbstbestimmung

Aus den Ausführungen über den Einbezug des Volkes in den Entscheidungsprozess ergibt sich, dass man von Selbstbestimmung im eigentlichen Sinn des Wortes nur beim Volksentscheid sprechen kann. (134) Er allein ist per definitionem wirksam, während Mitwirkungsrechte stumpfe Waffen sind, denn es bleibt immer ungewiss, wie gross der Einfluss auf den Endentscheid ist, den der Stimmbürger mit ihrer Hilfe ausübt. Mit Initiative und Referendumsbegehren appelliert er an das Volk, mit Vernehmlassungen und Petitionen an die Behörden, – immer ist er, um sein Ziel zu erreichen, von der Reaktion eines andern Organs abhängig, bei der Petition ist sogar ungewiss, ob er überhaupt eine Reaktion erfahren wird. Während hier ausserrechtliche Faktoren wie z.B. die politische Macht, die er einbringt, eine Rolle spielen, sichert ihm beim Volksentscheid allein die Tatsache, dass er Stimmbürger ist, den Einfluss. Vermutlich ist das der Grund, weshalb der

(132) GASSER, S. 100.

(133) Lawrence M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York 1975, Neudruck 1977, S. 112 ff., mit Hinweisen auf die grundlegenden Ausführungen von Max Weber.

(134) Vorn S. 118 f.

Volksentscheid zusammen mit Volksinitiative und Referendumsbegehren, die immer auch einen Volksentscheid auslösen, in der Schweiz die Hauptform bürgerschaftlicher politischer Beteiligung ist. (135) Dass der Volksentscheid nur punktuell und nur bestätigend oder zerstörend eingreift, ist der Preis für seine Wirksamkeit; seine Undifferenziertheit anprangern heisst, das Wesen des Entscheids verkennen. Variabel sind höchstens die Anzahl der Alternativen, welche zur Auswahl stehen und der Zeitpunkt, in dem er gefällt wird. Differenzierungen in dieser Richtung führen zu Eventual- (136), Alternativ- (137) oder Grundsatzbestimmungen.

Wenn man von einem weniger strengen Begriff der Selbstbestimmung ausgeht, mögen auch die Mitwirkungsrechte ihr dienen, weil sie die eben genannten Mängel des Volksentscheides nicht teilen. Sie sprechen differenzierend einzelne Bürger oder Gruppen an und können ein starkes Engagement auslösen. Sie geben dem Bürger die Möglichkeit, Aufbauarbeit zu leisten, weil er Vorschläge machen und seine Ideen begründen kann; sie werden seiner Individualität gerecht. (138)

Der Meinungsforschung fehlen die Vorzüge sowohl des Volksentscheids als auch der Mitwirkungsrechte. Sie leistet keinen Beitrag zur Selbstbestimmung.

bb) Integration

In einem weiteren Sinn kann man jede Handlung als integrierend bezeichnen, die dem einzelnen die Möglichkeit gibt, sich als Teil des Staates zu erleben (139), also auch die Volksabstimmung und die Wahl von Repräsentanten. Meistens hat jedoch, wer von Integration durch politische Teilnahme spricht, eine engere Bedeutung im Auge:

Weil im Repräsentativstaat die aktive Staatsführung nicht in der Hand der Bürger liegt, besteht immer die Gefahr, dass eine wichtige Minderheit übergangen wird. Ihre Opposition gegen eine bestimmte Vorlage kann deren Durchsetzung gefährden, in einem

(135) Ebenso SCHAFFHAUSER, S. 211. Z.B. deckt der Ausdruck "Volksrechte" nur diese Formen.

(136) D.h. Abstimmungen über Unteranträge, von denen der obsiegende in die Schlussabstimmung gelangt.

(137) D.h. Abstimmungen, bei denen dem *status quo* nicht nur ein neuer Vorschlag gegenübersteht, sondern mehrere.

(138) Diese Eigenschaften kommen je nach Mitwirkungsrecht verschieden stark zur Geltung. So erlaubt das Referendumsbegehren dem Stimmbürger nur, eine zusätzliche Verfahrensstufe zu verlangen, während z.B. die Petition jeden Inhalt haben kann.

(139) SCHAFFHAUSER, S. 158 oben.

System mit Referendum schon das Zustandekommen. Eine ständig in die Minderheit versetzte Gruppe kann schliesslich in eine grundsätzlich oppositionelle Haltung gedrängt werden. Die Integration der potentiellen Konsensverweigerer (140) ist eine typische Aufgabe der Mitwirkungsrechte. (141) So erlaubt z.B. die Volksinitiative einer Minderheit, dem Volk ein Thema zu unterbreiten, ohne dass sie auf die Mitarbeit des Parlaments angewiesen ist. Am ausgeprägtesten ist die Funktion bei der Vernehmlassung zu referendumspflichtigen Erlassen, die vor allem beim fakultativen Referendum von Anfang an die Zustimmung wichtiger Minderheiten sichern soll. Weil bei der Verwerfung einer Vorlage in der Volksabstimmung der staatliche Misserfolg manifest und unmittelbar ist, hat diese Form der Integration bei uns vermutlich überproportionale Bedeutung erlangt, mit dem Erfolg, dass langfristig Minderheiten, welche nicht mit dem Mittel der Referendumsdrohung kämpfen, weil ihnen dazu das Geld und das Know-how fehlen, die staatliche Einheit viel stärker gefährden werden, als die grossen Verbände und Parteien. (142) Diesen Mangel wollen jene Mitwirkungsmodelle ausgleichen, welche fordern, dass statt der wirtschaftlichen Macht der Grad der Betroffenheit Massstab für die Intensität der Teilnahme sein müsse. (143) Vorläufig beschränken sich die Vorschläge noch auf den Bereich der Planung und führen zur offenen Planung.

Weil bei der Meinungsforschung die Initiative nicht vom Bürger ausgeht, legt sie mehr als jedes Mitwirkungsrecht Anliegen von politisch apathischen Bürgern offen. In diesem sehr beschränkten Rahmen kann sie integrierend wirken. (144)

(140) Der Begriff stammt von KNOEPFEL, S. 144.

(141) Zu ihrer Entstehungszeit führten auch das Proporzwahlverfahren und das Referendum zu einer Integration der durch die soziale Frage entstandenen Opposition; vgl. SCHEFOLD, S. 16. Mit ihrer Einführung wurde diese Minderheit an der staatlichen Macht beteiligt, wodurch die Integrationsleistung abgeschlossen war.

(142) Den Vorgesmack einer solchen Entwicklung boten die im Sommer 1980 in Zürich ausgebrochenen Jugendunruhen.

(143) Dies ein Hauptanliegen von KNOEPFEL; vgl. S. 155 ff. Im Grund müsste an dieser Stelle folgender Fragenkomplex behandelt werden: Welche Interessen sind im heutigen Rechtssetzungsverfahren untervertreten? Inwiefern muss ein Staat Minderheiten berücksichtigen, die noch nicht einmal pressure-groups sind; inwiefern kann er überhaupt anders als auf Manifestationen von Macht reagieren?

(144) SCHMIDTCHEN, S. 24.

cc) Information

Die unterschiedliche Bedeutung der verschiedenen Teilnahmeformen als Informationsinstrumente wurde bereits anhand ihrer Stellung im Entscheidungsprozess geschildert. (145)

dd) Kontrolle

Die wichtigste Aussage der Dissertation von GASSER ist, dass auch die direkte Demokratie in erster Linie eine repräsentative Demokratie ist, dass die Volksrechte aber ein verbindendes Element darstellen. Daneben haben sie die Funktion, der Machtausübung durch die Repräsentanten Grenzen zu setzen und zu bekräftigen, dass ihre Macht nur geliehen und das Volk der oberste Machtträger ist. (146) Ferner beschränken sie den Einfluss von intermediären Gruppen. (147)

Im zweiten Aspekt mit GASSER eine Form der Kontrolle zu sehen, ist vielleicht fragwürdig. Weil das Volk seine Interventionen nicht zu begründen braucht, fehlt jedenfalls der Massstab, mit welchem z.B. im Rechtsmittelverfahren Rechts- und Ermessensentscheide überprüft, d.h. kontrolliert werden; die Intervention ist inhaltlich und zeitlich unberechenbar. (148) Von Kontrolle in dem (diffuseren) Sinne, dass die Macht zu Gunsten des Volkes umverteilt wird, lässt sich aber ohne weiteres sprechen.

Auf diese Weise wirkt einmal der Volksentscheid, wenn er negativ ausfällt. Das Parlament muss sich fügen, ebenso die Interessengruppen, deren Handschrift eine Vorlage trägt. (149) Die Rolle der Mitwirkungsrechte als Instrumente zur Umverteilung von Macht ist hingegen höchst zwiespältig. Sofern sie den Einfluss der Behörden effektiv mindern, geschieht dies zwangsläufig zu Gunsten einer bestimmten Gruppe; und sofort hebt die Diskussion darum an, ob hier illegitime an Stelle der demokratisch legitimierten Macht trete (150), oder ob der Staat endlich bürgernah geworden sei. Vermutlich knüpft sich an jede neue Form der Mitwirkung die Hoffnung, das zweite lasse sich verwirklichen, ohne dass man das erste in Kauf nehmen müsse.

(145) Vorn S. 118 f.

(146) GASSER, S. 167 u. 168.

(147) A.a.O., S. 181.

(148) Gegen die Ansicht, das Referendum sei ein Kontrollinstrument, wendet sich auch Hans HUBER (Gesetzesreferendum, S. 19).

(149) Wie die Erfahrungen der letzten Jahre zeigen, können die Mechanismen der Konkordanzdemokratie nicht immer verhindern, dass eine Vorlage am Referendum scheitert. Dazu ausführlich AUER/DELLEY, S. 125 ff.; vgl. auch GASSER, S. 181.

(150) So der klassische Einwand gegen die Einflussnahme der grossen Parteien und Verbände auf die Gesetzgebung, vgl. z.B. FLUECKIGER, S. 185 ff.

Weil die Befragten keinen Einfluss darauf haben, ob und worüber eine Meinungsumfrage durchgeführt wird, ist sie kein Mittel der Kontrolle. Zwar kann sie Verschiebungen im staatlichen Machtgefüge bewirken, aber nicht zugunsten der Befragten.

ee) Legitimation

Die Bürger, welche sich anlässlich einer Volksabstimmung oder bei der Vorbereitung der Vorlage für die Gestalt ausgesprochen haben, die sie zum Schluss erhält, werden sie sicher anerkennen. Weil die Beschränkung hier wirklich selbstgewählt ist, kann die direkte Demokratie in ihrem ursprünglichsten Sinn legitimierend wirken. (151) Allerdings wird in diesem Fall eine Norm ohnehin mit den Interessen ihrer Befürworter übereinstimmen. Die Kraft der Legitimität entfaltet sich deshalb viel sichtbarer gegenüber den im Entscheidungsverfahren Unterlegenen. Hier ist die Wirkung nicht bei allen Formen der politischen Teilnahme gleich.

Die Volksabstimmung wird ihnen eine Regelung meistens annehmbar machen, weil der Wille der Mehrheit nach wie vor eine grosse Autorität genießt. (152) Die Legitimationswirkung der Mitwirkungsrechte ist beschränkter. Sie werden in erster Linie als Mittel der Interessendurchsetzung verstanden, und die Tatsache, dass jemand angehört wurde, wird ihn, wenn er nicht auch erhört wird, kaum zu mehr Gehorsam veranlassen. Mitwirkungsrechte wirken höchstens indirekt legitimierend, indem sie die Einsicht in die Position des politischen Gegners und in die Rationalität des Entscheides fördern. (153)

Wieder liegt die Meinungsforschung quer. Wie die Volksabstimmung kann sie durch die Zahl überzeugen: Was achtzig Prozent der Leute für wünschenswert halten, muss auch ich akzeptieren. Wie die Mitwirkungsrechte kann sie eine unbeliebte Norm wenigstens verständlich machen. Anders als beide kann sie den Bürger nicht auf die selbstgeschaffene Norm verpflichten. (154)

(151) Vgl. vorn S. 120.

(152) Hans HUBER, Gesetzesreferendum, S. 21. Für die Gründe vgl. BRIDEL, S. 48 ff.

(153) Das kann z.B. bei Vernehmlassungen und offenen Planungsverfahren der Fall sein.

(154) AUBERT (Referendum, S. 483) spricht der Meinungsforschung die legitimierende Wirkung ab. HENNIS hält es für nötig, sie zu bekämpfen, hält sie also für möglich.

III. DIE KONSULTATIVABSTIMMUNG ALS INSTRUMENT DER POLITISCHEN TEILNAHME

1. Grundsätzliche Beurteilung

a) Funktion im Entscheidungsablauf

Die Konsultativabstimmung wird grundsätzlich keiner der beiden Funktionen gerecht, welche die politische Teilnahme der Bürger im Entscheidungsprozess haben kann.

Sie ist kein Entscheidungsinstrument, denn der Entscheidung steht nach der Rechtsordnung einem andern Organ zu. Diese Feststellung ist falsch, wenn sie im konkreten Fall tatsächlich zu einem Volksentscheid führt, nicht aber für die Konsultativabstimmung als Institut; die Problematik verlagert sich einfach auf eine andere Ebene. (155)

Weil die Konsultativabstimmung eine Volksabstimmung ist, liefert sie nicht jene Art von komplexer Information, die für die Vorbereitung eines Entscheids nötig oder nützlich ist. Erstens erreicht sie nur die Stimmbürger und potentiell immer alle von ihnen, also einen starr umschriebenen Personenkreis. Dass gerade die Stimmbürger Träger einer entscheidungnotwendigen Information wären, trifft aber, ausser bei den antizipierenden Abstimmungen, nie zu. (156) Zweitens lässt das Verfahren der Volksabstimmung nur ganz einfache Fragestellungen zu, weil es auf Entscheidungsfindung angelegt ist. Das Ergebnis ist wenig instruktiv und schwer zu interpretieren, besonders wenn das Resultat knapp ausfällt. Bei einer niederen Stimmbeteiligung wird es überhaupt wertlos, während eine solche beim Volksentscheid zwar auch problematisch ist, am Entscheidcharakter aber nichts ändert. Zudem gibt die Stimmbeteiligung selbst – und hier unnötigerweise – die gleichen Rätsel auf wie immer: Ist sie Ausdruck von Frustration und Desinteresse oder des Vertrauens in die Behörden? Schliesslich haben Mechanismen, die wie z.B. das Ständemehr mit der Volksabstimmung als Entscheidungsinstrument gekoppelt sind, überhaupt keinen Sinn, wenn es darum geht, Information zu sammeln.

(155) Vgl. hinten S. 142 f.

(156) Vorn S. 63. Vgl. auch Dir. des Innern ZH (S. 7): "Zunächst sollten Konsultativabstimmungen nur angeordnet werden, wenn ein ernsthaftes Bedürfnis dafür ausgewiesen ist. Das setzt voraus, dass aus besonderen Gründen die Wahl zwischen verschiedenen Varianten nicht allein nach sachlichen Gründen zu treffen ist – das ist Sache der Behörden –, sondern dass es weitgehend auf die Stimmung und Meinung der Öffentlichkeit ankommt."

Aus diesen Gründen muss man für das Sammeln von Entscheidungsgrundlagen andere Verfahren wählen, seien das Vernehmlassungen, Meinungsumfragen oder die offene Planung. Wenn die Zürcher Regierung im Vorentscheid zum Fall Wädenswil gerade die gegenteilige Forderung erhebt, weil "unser demokratisches Staatswesen zur Feststellung der Meinung der Aktivbürgerschaft das Institut der Abstimmung geschaffen" habe (157), übersieht sie ganz einfach, dass das Institut der Abstimmung für Volksentscheide geschaffen wurde oder dass ein Volksentscheid mehr ist als ein Verfahren, in dem man wieder einmal etwas über die Meinung des Volkes erfahren kann.

b) Staatsrechtliche Funktion

Prinzipiell hält die Konsultativabstimmung einem Vergleich mit dem Volksentscheid und den Mitwirkungsrechten nicht stand.

Die Leistungen der Mitwirkungsrechte als Instrumente der Selbstbestimmung, der Integration und der Legitimation beruhen auf ihrer Differenziertheit. (158) Diese fehlt der Konsultativabstimmung, weil sie eine Abstimmung ist.

Der Volksentscheid verleiht einem staatlichen Akt grosse Legitimität, er dient der bürgerlichen Selbstbestimmung und der Kontrolle der Repräsentanten. (159) Er hat diese Wirkungen, weil er entscheidet. Eine Abstimmung, bei der ungewiss ist, ob sich die Behörden an den Ausgang halten werden, ist per definitionem weder Selbstbestimmung noch Kontrolle. Sie fördert das Ansehen des Entscheids in keiner Weise, denn je nach dem, ob er mit ihm einverstanden ist oder nicht, steht einem Bürger der Rekurs auf die Legitimität der Volksabstimmung oder auf ihre Unverbindlichkeit offen. (160) Es ist nicht möglich, die Vorzüge der Volksabstimmung zu beanspruchen, ohne ihre Endgültigkeit zu akzeptieren, die Versuchung mag noch so gross sein. Das ist besonders bei der Planung der Fall, die nach wie vor auf der Suche nach Verfahren ist, die sowohl dem Bedürfnis nach demokratischer Legitimation als auch nach Flexibilität gerecht werden. (161)

Wo in der Praxis der Entscheid faktisch vom Volk gefällt wird, trifft der Vorwurf, die Konsultativabstimmung widerspreche der direkten Demokratie, im einzelnen Fall ins Leere. Tatsächlich hat sie vielmehr alle Wirkungen des Volksentscheids, weil sie echte Selbstbestimmung ist. Weil die Verbindlichkeit aber nicht verfassungsmässig gesichert ist, sind alle Mängel der unverbindlichen

(157) Protokoll Nr. 4931 der Sitzung vom 29. Sept. 1976.

(158) Vorn S. 121 f. u. 124.

(159) Vorn S. 120 f., 123 u. 124.

(160) HUBER, Rechtsgutachten, S. 8.

(161) Vgl. aber vorn S. 34.

Abstimmung latent vorhanden und werden manifest, sobald der Konsens über die Verbindlichkeit von den Stimmbürgern oder den Behörden aufgekündigt wird, z.B. weil das Abstimmungsergebnis überraschend ausfällt. Ferner ist die Bezeichnung der Abstimmung als konsultativ in diesem Fall irreführend und verschleiert ihre Tragweite, so dass die freie Willensbildung der Stimmbürger gefährdet ist. (162) Schliesslich stellen die kompetenzwidrigen Volksentscheide die Autorität der kompetenzgemässen in Frage und beeinträchtigen so die direkte Demokratie zwar nicht unmittelbar, aber langfristig. (163)

Aus all diesen Gründen können wir der Konsultativabstimmung staatsrechtlich nur die Bedeutung der Meinungsforschung zubilligen, deren einziger Sinn es ist, dem Bürger als Objekt und Adressaten des staatlichen Entscheids für diesen nützliche Informationen zu entlocken. Wenn man sie so gebraucht, widerspricht die Konsultativabstimmung der Idee der direkten Demokratie genau so wenig wie irgend ein Mitwirkungsrecht, das den Bürger ebenfalls zur Mitarbeit am Staat auffordert, ohne dass sein Beitrag zwangsläufig berücksichtigt werden muss. Aber auch als Instrument der Meinungsforschung ist die Konsultativabstimmung mit Mängeln behaftet:

Dass sie ein schlechtes Informationsinstrument ist, haben wir bereits gesagt und begründet. Dazu kommt, dass sowohl für die Stimmbürger als auch für die Behörden schwer einzusehen ist, dass eine solche Abstimmung einen ganz andern Sinn und andere Wirkungen hat als der Volksentscheid, welcher normalerweise aus einer Abstimmung resultiert. (164) Fühlen sich die Behörden – was dem Zweck einer rein informativen Abstimmung entspricht – durch ihren Ausgang nicht gebunden, wird sofort der Protest gegen die Missachtung des Volkswillens aufflammen und der Glaube an die Wirksamkeit der direkten Demokratie ein paar weitere Anhänger verlieren. Viel wahrscheinlicher ist, dass ihr Ergebnis auf jeden Fall respektiert und sie somit ihrer *raison d'être* – der Unverbindlichkeit – beraubt wird. (165)

Dieses Problem ist gelöst, wenn an Stelle der Abstimmung eine andere Technik der Meinungsforschung gewählt wird. Andererseits kann es in einem konkreten Fall stark gemildert sein, wenn die Fragestellung und der Kommentar der Behörden jeden Zweifel an der Bedeutung der Abstimmung aus dem Weg räumen. (166) Wenn das zutrifft, kann m.E. den Stimmbürgern eine Konsultativabstimmung zugemutet werden und kommt mit der direkten Demokratie nicht in Konflikt.

(162) Vgl. hinten S. 136 f.

(163) Vgl. hinten S. 142 f.

(164) Ebenso SZ, VGE 585/80 S. 15.

(165) Ebenso GIACOMETTI, S. 309 und Hans HUBER, Rechtsgutachten, S. 8.

(166) A.M. RUCH (S. 351), der die Ansicht vertritt, es gebe überhaupt keine rein informative Volksabstimmungen.

Wir haben zur Meinungsforschung ernsthafte Vorbehalte angebracht. (167) Sie gelten auch für die Konsultativabstimmung, wenn sie nur eine besondere Art von Meinungsforschung ist. Das wird durch die Form der Volksabstimmung verschleiert. Die Arbeit mit Fragebogen lässt deshalb nicht nur eine bessere Fragestellung und einen freien Entscheid der Behörden zu, sondern ist auch ehrlicher, weil sie nicht Selbstbestimmung vortäuscht, wo nur Information gesammelt wird.

2. Die einzelnen Anwendungsbereiche

Anhand der Diskussion der einzelnen Fallgruppen sollen nun einerseits diese recht abstrakten Ausführungen veranschaulicht und andererseits der Einsatz von Konsultativabstimmungen in der Praxis kritisiert werden.

a) Antizipierende Abstimmungen

Eine Volksabstimmung über Fragen aus einer Materie, über welche die Stimmbürger später endgültig entscheiden werden, lässt sich auf zwei Arten begründen:

Im Interesse von Stimmbürgern und Behörden sollen Scherbenhaufen bei Volksentscheiden vermieden werden, was eher möglich ist, wenn man sich schon bei einem Vorentscheid der Zustimmung des Volkes versichert. (168) Zu diesem Zweck muss die antizipierende Abstimmung als für die Behörden verbindliche Grundsatzabstimmung ausgestaltet werden. Sie ist eine echte Ausdehnung der direkten Demokratie und hat alle staatsrechtlichen Wirkungen des Volksentscheids.

Sobald man im Interesse einer flexiblen Entscheidvorbereitung an ihrer Stelle die unverbindliche Abstimmung wählt (169), kann sie nicht mehr mit diesen Wirkungen begründet werden und ist nur noch Meinungsforschung. Wenn auch der Verzicht auf die Grundsatzabstimmung bedeutet, dass die Behörden die Verantwortung für die Gestalt einer Vorlage nicht mit dem Volk teilen können, sondern eine solche einzig nach sachlichen Gesichtspunkten ausarbeiten müssen, ist ihnen doch nicht verwehrt, die von einem Vorentscheid abhängigen unterschiedlichen Chancen verschiedener Varianten zu einem solchen Gesichtspunkt zu machen. (170) Aller-

(167) Vorn S. 114 f.

(168) Vgl. vorn S. 15.

(169) In diesem Sinn EICHENBERGER, Zusammenspiel, S. 112; DERENDINGER, S. 399.

(170) Vgl. auch vorn S. 63.

dings ist bei einer unverbindlichen Konsultativabstimmung noch zweifelhafter als bei der Grundsatzabstimmung, ob sie die künftige Entwicklung einfangen und den späteren Entscheid der Stimmbürger vorzeichnen könne. (171)

Diese zwei Arten von Vorabstimmungen müssen scharf voneinander unterschieden werden. Die Ziele, die sie verfolgen, lassen sich nicht kombinieren, weil sie je nur erreicht werden, wenn von Anfang an feststeht, ob eine Abstimmung verbindlich oder unverbindlich ist. In der Diskussion um die antizipierende Konsultativabstimmung und bei ihrer Anwendung in der Praxis werden die beiden Ziele aber meistens vermischt (172), so z.B. im Fall Wädenswil sowohl von den Stadtbehörden als auch vom Bundesgericht. (173)

Für die Anwendung und Auslegung der Normen, die antizipierende Konsultativabstimmungen vorsehen, hat die Forderung nach einer scharfen Unterscheidung folgende Konsequenzen:

Eine Norm sollte eindeutig abgefasst sein und muss im einen oder andern Sinn ausgelegt werden. Es ist unzulässig, die mit einem Volksentscheid verbundene Verantwortlichkeit der Stimmbürger zu engagieren, damit das Ergebnis der Konsultativabstimmung den Schlussscheid besser vorzeichne, dieses Ergebnis aber trotzdem nur als Information zu behandeln. Eine Norm, die die Konsultativabstimmung ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet, ist eine Rechtsgrundlage einzig für Meinungsforschung in der besonderen Form der Volksabstimmung. (174) Für diese Auslegung spricht auch der Umstand, dass das Gesetz zusätzlich die verbindliche Grundsatzabstimmung vorsieht (175), die Abstimmung im Zusammenhang mit der Informationspolitik erwähnt (176), ihre Anordnung der Exekutive überlässt (177) oder den für Abstimmungen vorgesehenen Rechtsweg ausschliesst. (178) Die Bezeichnung einer Abstimmung als konsultativ lässt auf Unverbindlichkeit schliessen, während der Ausdruck "konsultativer Vorentscheid" (179) eher für die Verbindlichkeit spricht. Letztlich ist der Wille des Gesetzgebers

(171) Es wird bezweifelt von RUCH (S. 352), der trotzdem diese Art von Konsultativabstimmungen etwas milder beurteilt als andere; vgl. S. 347. GIACOMETTI lehnt sie als "Denaturierung der Referendumsdemokratie" rundweg ab (S. 310).

(172) Ebenso RUCH, S. 344, und MUELLER/SALADIN, Problem, S. 443.

(173) Vgl. die bereits zitierte Passage, die Konsultativabstimmung sei dazu bestimmt, "die Meinung des Souveräns autoritativ festzulegen" (BGE 104 Ia 228). Die Mischung ist auch für die meisten anderen antizipierenden Abstimmungen typisch.

(174) Vgl. die Normen von Appenzell AR, Thun und Zug, vorn S. 8 u. 9.

(175) So Thun und Olten, vorn S. 9.

(176) So Kerns, vorn S. 9.

(177) Vgl. hinten S. 146.

(178) So der Kt. AR, vorn S. 8.

(179) So Dübendorf, vorn S. 9 f.

massgebend. Wurde die Einführung der Norm damit begründet, auch die Entscheidvorbereitung müsse der direkten Demokratie geöffnet werden, so muss die Vorabstimmung verbindlich sein und würde besser Grundsatzabstimmung heissen. Soll die Entscheidungsfreiheit der Behörden gewahrt bleiben, so ist die Bezeichnung "Konsultativabstimmung" zutreffend. Bei der Anwendung einer solchen Norm muss den Stimmbürgern aber mit aller Deutlichkeit gesagt werden, dass sie nicht als Souverän angesprochen sind.

Ist die antizipierende Konsultativabstimmung einmal auf diese Weise von jeder demokratischen Glorie befreit, verliert sie praktisch ihre ganze Attraktivität und würde besser ersetzt durch ein Verfahren der Befragung mit Fragebogen. (180) Vorbildlich scheint mir die Regelung der neuen Thuner Gemeindeordnung, die einerseits verbindliche Grundsatzabstimmungen vorsieht und andererseits die Exekutive ermächtigt, Befragungen durchzuführen, wobei sie den Kreis der Befragten und das Verfahren selber festlegt. Im Gegensatz zu den Normen von Appenzell-Ausserrhoden, Olten und Zug sind die Behörden nicht an das unpraktische Abstimmungsverfahren gebunden und ist – nicht zuletzt wegen der Zuständigkeit der Exekutive – die Abgrenzung zum Volksentscheid deutlich.

Bei etlichen der praktischen Fälle hatte die Bezeichnung "Konsultativabstimmung" nicht den Sinn, die Entscheidungsfreiheit der Behörden zu wahren. Die Abstimmungen waren im Gegenteil von Anfang an als verbindlich gedacht und wurden nur so genannt, weil man glaubte, dadurch werde die fehlende Rechtsgrundlage überflüssig. Zu ihnen gehört auch die vom Bundesgericht beurteilte Abstimmung in Wädenswil. (181) Sie sind ganz einfach Grundsatzabstimmungen ohne gesetzliche Grundlage, und die Frage nach dem Sinn einer unverbindlichen Volksabstimmung stellt sich nicht.

b) Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament

Wo der endgültige Entscheid in einer Materie der Exekutive oder dem Parlament zusteht, gibt es nie einen sinnvollen Grund für eine unverbindliche Volksabstimmung. Eine verwertbare Information kann hier nur die Befragung eines kleineren, am Entscheid besonders

(180) Vgl. die Umfragen in Engelberg und Stäfa, vorn S. 17 Anm. 43, und die Abstimmungen, die mit Begründungen abgelehnt wurden, die unseren Ueberlegungen entsprechen, vorn S. 11f. Zum Fall Laufental vgl. auch den Aufsatz von RUCH.

(181) Vgl. ferner die Fälle Olten und Sursee sowie die "sog. konsultativen Abstimmungen" des Vorstosses Treier, vorn S. 9 u. S. 11 f.

interessierten Personenkreises liefern. (184) Weil die Unverbindlichkeit nicht plausibel begründet werden kann, ist die Abgrenzung zum verbindlichen Volksentscheid unklar. In diesem Fall ist die Kritik, die Konsultativabstimmung widerspreche der direkten Demokratie, gerechtfertigt und stehen ihren negativen Auswirkungen (183) keine Vorteile gegenüber. Deshalb sollte eine Norm, welche offen lässt, ob sie auch Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament erfasst, nicht in diesem Sinn ausgelegt werden.

Diese Überlegungen haben eher theoretisch oder de lege ferenda einen Sinn, nicht aber als Kritik der effektiv stattgefundenen Abstimmungen. Diese bezweckten fast ausnahmslos eine Ausdehnung der direkten Demokratie auf der Exekutive oder dem Parlament vorbehaltene Bereiche und waren ihrem Zweck entsprechend faktisch verbindlich. (184) Wiederum stellt sich deshalb die Frage nach dem Sinn einer unverbindlichen Volksabstimmung nicht; problematisch ist hingegen die verfassungswidrige Kompetenzverschiebung und die Bezeichnung der Abstimmung als konsultativ, sofern in der entsprechenden Materie nicht auch noch ein anderes Gemeinwesen zuständig war. Behörden und Stimmbürger, die glauben, es gebe eine Grauzone, die schon direkte Demokratie, aber noch nicht Kompetenzausübung sei, sind das Opfer eines Widerspruchs.

c) Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich einer übergeordneten Gebietskörperschaft

Bereits bei der Auseinandersetzung mit den Ursachen dieser Gruppe von Abstimmungen haben wir festgestellt, wann die Meinung der Stimmbürger für die zuständige Behörde des entscheidenden übergeordneten Gemeinwesens eine Entscheidungsgrundlage sein kann, nämlich bei Gebietsveränderungen, wo sie der Feststellung der Grenzen einer kleinen Nation dient, und bei Entscheidungen über die Errichtung grosser Werke, vorausgesetzt dass noch verschiedene, für das zuständige Gemeinwesen gleichwertige Varianten offenstehen. (185) Nach den Überlegungen in diesem Paragraphen kommen solche Abstimmungen mit der direkten Demokratie nicht in Konflikt, wenn den Stimmbürgern klar gemacht wird, dass es sich dabei um eine besondere Art von Meinungsforschung handelt; dabei wird der Hinweis auf die Unzuständigkeit des Gemeinwesens, dem

(182) Vgl. vorn S. 63, wo als Beispiel der Fall Herisau angeführt ist.

(183) Vorn S. 98.

(184) Vorn S. 60 f.

(185) Vorn S. 63.

sie angehören, gute Dienste leisten. Auch hier stellt die Umfrage mittels Fragebogen eine erwägenswerte Alternative dar. Es würde ferner der Begründung dieser Abstimmungen entsprechen und sie verdeutlichen, wenn sie eine Grundlage in der Rechtsordnung des übergeordneten Gemeinwesens hätten, in dessen Interessen sie ja durchgeführt werden (186); eine Zulässigkeitsvoraussetzung ist eine solche Norm aber nicht. (187)

Als letzte und am schwierigsten zu beurteilende Gruppe bleiben uns jene Abstimmungen, die das Subsystem in seinem eigenen Interesse durchführt, um das entscheidende Gemeinwesen unter Druck zu setzen. Im vorhergehenden Paragraphen haben wir festgestellt, dass die Form der Volksabstimmung die föderalistische Kompetenzordnung nicht gefährdet; jetzt stellt sich die umgekehrte Frage, ob die durch diese Kompetenzordnung bedingte Unverbindlichkeit der Abstimmung der direkten Demokratie widerspreche. Auf Grund der bisherigen Beurteilung der Konsultativabstimmung als Instrument der politischen Teilnahme müssten wir sie bejahen, weil eine solche Abstimmung sich weder als Informationsmittel noch als Mittel demokratischer Selbstbestimmung rechtfertigen lässt.

Trotzdem möchte ich sie verneinen. Will man die föderalistische Mitwirkung und das demokratische Prinzip gleichzeitig gelten lassen und sie nicht gegeneinander ausspielen, gibt es keine andere Lösung. Soweit die kantonale Regelung der Standesinitiative zu Volksabstimmungen führt (188), galten die beiden Prinzipien von je her als vereinbar, und es ist bezeichnend, dass BAUMGARTNER für die direktdemokratische Ausgestaltung der Standesinitiative plädiert, weil dabei Föderalismus und Demokratie fruchtbar aufeinander wirkten, ohne dass er das Problem der unverbindlichen Volksabstimmung überhaupt sieht. (189)

Hinter der milderen Beurteilung dieser besonderen Abstimmungen steht auch die folgende Ueberlegung: Fast alle Konsultativabstimmungen sind der politische Ersatz für einen vom Recht nicht anerkannten Volksentscheid. Den antizipierenden Abstimmungen und jenen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament kann man aus der Ersatzeigenschaft einen Vorwurf machen, weil in erster Linie rechtstechnische Schwierigkeiten die Neuordnung der Volksrechte verhindert haben; sie müssen überwunden werden. (190) Das trifft nicht zu, wenn eine andere Gebietskörperschaft zuständig ist. Die zum Widerspruch reizende Kompetenzordnung ist hier nicht einfach punkto Volksrechte nicht à jour, sondern das Produkt eines echten Interessenkonflikts, der nicht weiter aufgelöst werden kann. Der Bund kann den Bau einer National-

(186) Das ist der Fall bei den Abstimmungen über Gebietsveränderungen, vgl. vorn S. 40 f. u. S. 54.

(187) Vorn S. 85 f.

(188) Vgl. vorn S. 35 f.

(189) S. 75 u. 86; vgl. auch MUELLER/SALADIN, Problem. S. 442.

(190) Vgl. vorn S. 27 ff. und für Reformvorschläge hinten S. 172ff.

strasse nicht dem Entscheid oder dem Veto einer Gemeinde anheimstellen, weil es für seine Zuständigkeit materielle Gründe gibt (191); genauer gesagt: Er könnte es erst nach einer Neubewertung der auf dem Spiel stehenden Interessen, die heute noch utopisch anmutet. Als Ventil und als Mittel der Interessendurchsetzung haben diese Abstimmungen deshalb eine selbständige Funktion; sie sind ein sinnvoller Ersatz.

Auch hier müssen die Stimmbürger wissen, dass sie keinen Entscheid fällen. Die Praxis zeigt, dass darüber kaum je Unklarheit herrscht, weil die Zuständigkeit des andern, grösseren Gemeinwesens bei solchen Interessenkonflikten bekannt ist oder von den Behörden als einleuchtender Grund angeführt werden kann.

Eine Volksabstimmung ohne Entscheidungswirkung ist den Stimmbürgern nur zuzumuten, wenn die Unverbindlichkeit allein aus der Unzuständigkeit ihres Gemeinwesens resultiert. Innerhalb des Subsystems muss die Abstimmung jedoch in einen Volksentscheid münden. Die abstimmenden Bürger legen verbindlich fest, welche Position ihr Gemeinwesen im Entscheidungsprozess des übergeordneten einzunehmen hat, oder mindestens, was als die Meinung des Volkes gilt (sofern die Exekutive eine eigene Stellungnahme einreichen kann). Für eine unverbindliche Befragung gibt es keine Rechtfertigung. (192)

IV. PRAKTISCHE KONSEQUENZEN

1. Zusammenfassende Beurteilung

Um die Konsultativabstimmung als Glied des Willensbildungsprozesses in der direkten Demokratie beurteilen zu können, müssen wir von ihren verschiedenen Funktionen ausgehen:

Erstens gibt es rein informative, wirklich unverbindliche Konsultativabstimmungen, jedoch nur über Grundzüge oder Einzelheiten einer künftigen Referendumsvorlage. Es existieren einzelne Rechtsgrundlagen dafür, die vertretbar sind, wenn sie richtig angewandt werden.

Zweitens gibt es jene Konsultativabstimmungen, mit welchen die Stimmbürger entscheiden, welche Position das Gemeinwesen, dem sie angehören, im Entscheidungsprozess eines übergeordneten

(191) Vgl. vorn S. 49 ff.

(192) Die kantonalen Normen über Volksabstimmungen zu Vernehmlassungen (vorn S. 35 ff.) entsprechen, soweit ersichtlich, dieser Forderung.

Gemeinwesens einnehmen soll. Wir haben sie als sinnvoll qualifiziert, und es existieren einige Normen.

Drittens gibt es die faktisch verbindliche Konsultativabstimmung, die im Einzelfall die Zuständigkeitsordnung zu Gunsten der Stimmbürger abändert. Sie präsentiert sich nicht als definitive Lösung, höchstens als Notlösung, vor allem aber als Symptom. Diese Variante kommt bei den Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament, aber auch bei den antizipierenden vor und ist in der Ueberzahl. Sofern das Bundesgericht am (richtigen) Erfordernis der gesetzlichen Grundlage festhalten wird, sind künftig Abstimmungen dieser Art ihrer *raison d'être* beraubt und sollten nicht mehr vorkommen (193), es sei denn, man würde entsprechende Rechtsgrundlagen schaffen. Sie hätten die Wirkung, dass die referendumspflichtigen Materien von Fall zu Fall neu umschrieben werden könnten, womit man auf einem Umweg beim Behördenreferendum angelangt wäre. Mit oder ohne Rechtsgrundlage sind solche Abstimmungen abzulehnen. Sie bedeuten eine Kapitulation vor der Aufgabe, die Volksrechte neu zu ordnen, weil sie die Neuordnung überflüssig machen; sie gefährden die kompetenzgemässen Volksentscheide und beeinträchtigen die freie Willensbildung der Stimmbürger. (194)

2. Erfordernis und Erlassstufe der gesetzlichen Grundlage

Im letzten Paragraphen haben wir abgeklärt, wann eine Konsultativabstimmung eine gesetzliche Grundlage braucht, damit der Konflikt mit einer vorgegebenen Kompetenzordnung beigelegt ist. Jetzt fragt sich, ob die besondere Rolle, die den Stimmbürgern bei einer Konsultativabstimmung zugedacht ist, eine solche Grundlage verlangt.

Die Frage ist sinnlos, wo eine faktisch verbindliche Abstimmung nur zur Umgehung des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage als konsultativ bezeichnet wird; hier haben die Stimmbürger keine aussergewöhnliche Rolle, und das Erfordernis ist anerkannt, was in seiner Umgehung ja gerade zum Ausdruck kommt. Weil es auch im Fall Wädenswil um einen verbindlichen Volksentscheid gegangen ist, macht das Bundesgericht einen grossen gedanklichen Umweg, wenn es in BGE 104 Ia 226 zuerst die gesamte Lehre zur gesetzlichen Grundlage bei Konsultativabstimmungen zitiert, um sodann festzustellen, ihre faktische Verbindlich-

(193) MUELLER/SALADIN, Problem, S. 443.

(194) Vgl. hinten S. 142 f. und S. 136 f. Die Ausführungen von KOELZ zu Art. 25 des Solothurner Verfassungsentwurfs (Reform, S. 50 ff.) sind deshalb fragwürdig. Er plädiert für den Einsatz der Konsultativabstimmung überall dort, wo das Referendum unvollkommen durchgebildet ist.

keit und das öffentliche Interesse an der Erhaltung einer klaren Abstimmungsordnung sprächen für das Erfordernis. (195) Die Feststellung, dass Volksentscheide nur im Rahmen der Rechtsordnung zulässig seien, wäre ebenso am Platz gewesen. (196)

Aber auch wo eine Konsultativabstimmung die Stimmbürger als Informationsträger erfassen will oder wo ihre Meinung ermittelt wird, um die Position eines Subsystems im Entscheidungsprozess des übergeordneten Gemeinwesens zu stärken, darf eine gesetzliche Grundlage nicht fehlen: Die Stimmbürger als das höchste Organ im Staat müssen selber darüber entscheiden können, ob sie diese ungewöhnlichen und neuen Funktionen übernehmen wollen. (197) Weil die Konsultativabstimmung die Stellung des Organs "Stimmbürger" auf fundamentale Weise verändert, genügt dabei nur eine Norm auf der Stufe der Verfassung bzw. der Gemeindeordnung. (198)

Aus dem gleichen Grund muss eine Norm genau sein. Sie muss klarstellen, ob antizipierende Abstimmungen gemeint sind oder solche im Zuständigkeitsbereich eines andern Organs (199) oder einer andern Gebietskörperschaft. Ferner muss sie im ersten Fall den rein informativen Charakter der Abstimmung erwähnen, um Verwechslungen mit der Grundsatzabstimmung auszuschliessen (200), oder aber klarstellen, dass die Abstimmung einen Ausbau der direkten Demokratie bedeutet. In diesem Fall ist sie jedoch keine Konsultativabstimmung mehr und sollte dem Grundsatz- oder dem Behördenreferendum zugeordnet werden. (201)

(195) BGE 104 Ia 234.

(196) Sie hätte die Begründung dafür, dass im vorliegenden Fall auf die Grundlage verzichtet wurde, noch schwieriger gemacht. In einem solchen Fall ist die folgende Feststellung von GIACOMETTI (S. 310) völlig zutreffend: "Die Anordnung einer solchen angeblich informatorischen Volksabstimmung käme offensichtlich auf eine Umgehung des sich aus der Verfassung ergebenden Verbotes der Veranstaltung von verbindlichen Volksabstimmungen, die verfassungsrechtlich nicht vorgesehen sind, hinaus."

(197) In diesem Sinn: Hans HUBER, Rechtsgutachten, S. 5.

(198) Zum gleichen Ergebnis kommt bez. Abstimmungen über Vernehmlassungen BGE 104 Ia 348 f., jedoch ohne ausführliche Begründung.

Der Konflikt mit einer vorgegebenen Kompetenzordnung kann auch nach einer Regelung im GG verlangen; vgl. vorn S. 95.

(199) Diese Form haben wir allerdings abgelehnt.

(200) Möglichkeiten dazu sind vorn, S. 129, aufgeführt. Eine Norm, welche die Behörden zur Durchführung von Meinungsumfragen ermächtigt, ist eine genügende Grundlage nur, wenn sie die Form der Befragung ausdrücklich offen lässt; vgl. dazu die Thuner Norm vorn S. 9.

(201) Mit dem Entscheid über die Verbindlichkeit der antizipierenden Abstimmung will die Expertenkommission für eine neue Solothurner Verfassung die Wahl zwischen den beiden Formen

Das Bundesgericht spricht im Entscheid Wädenswil von "gesetzlich(r) oder allenfalls verfassungsmässige(r) Grundlage" (202), entscheide sich aber nicht endgültig, weil es die Frage der gesetzlichen Grundlage überhaupt offen lässt.

3. Der Schutz des Stimmrechts als Schranke für faktisch verbindliche Konsultativabstimmungen

Das vom Bund gewährleistete Stimmrecht gibt dem Stimmbürger unter anderem Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. (203) Die Willensbildung kann durch eine unrichtige Fragestellung verfälscht werden (204), durch Verfahrensfehler (205) oder durch eine unzulässige Beeinflussung durch die Behörden. (206)

Für die Konsultativabstimmungen, die weder rein informativ sind noch Volksentscheide über Stellungnahmen zu Händen eines übergeordneten Gemeinwesens, stellt sich die Frage, ob sie nicht in jedem Fall das Stimmrecht verletzen. Weil sie rechtlich unverbindlich, faktisch aber verbindlich sind, ist der Stimmbürger im ungewissen über die Wirkungen seiner Stimme oder seines Fernbleibens von der Abstimmung. Möglicherweise unterlässt er es, sich zu informieren oder politisch zu engagieren, weil er aus guten Gründen, aber zu Unrecht annimmt, die Abstimmung führe nicht zu einem Entscheid. Die Abstimmungsfrage ist immer zweideutig, weil sie offen lässt, ob der Stimmbürger als Teil eines Entscheidungsorgans angesprochen oder um seine private Meinung gefragt wird. (207)

Diese Rüge erhoben die Beschwerdeführer im Fall Wädenswil. Das Bundesgericht hielt sie für unbegründet, denn aus der Weisung der Behörden gehe "klar hervor, welches die Eigenart der vorgesehenen Abstimmung war und welche Folgen diese haben würde." Die darauf zitierte Weisung stellte fest, die Stimmbürger könnten in der Konsultativabstimmung zur Standortfrage Stellung beziehen, die

dem Gesetzgeber überlassen (Bericht S. 66 f.). Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Entscheid Verfassungsrang, weil davon abhängt, ob die Stimmbürger das Objekt von Meinungsumfragen oder die Träger eines Entscheids sein sollen.

(202) BGE 104 Ia 232, vgl. auch 233.

(203) Art. 85 lit. a OG; BGE 106 Ia 22, mit Hinweisen.

(204) A.a.O.

(205) Z.B. weil das Abstimmungsmaterial zu spät zugestellt wurde: BGE 104 Ia 237 (Fall Richterswil).

(206) BGE 105 Ia 153.

(207) Vgl. auch MUELLER/SALADIN, Problem, S. 424.

Abstimmung sei rechtlich unverbindlich und die Behörden würden für jenen Standort eine Vorlage ausarbeiten, auf den die meisten Stimmen entfallen würden. (208)

Der Entscheid überzeugt nicht. Es liegt im Wesen von Konsultativabstimmungen, die Volksentscheide über nichtreferendumpflichtige Materien sind, dass über ihre Bedeutung Unklarheit herrscht, weil nur das Eingeständnis der Kompetenzverschiebung Klarheit bringen würde, und dieses soll gerade verhindert werden. Hat eine solche Abstimmung keine gesetzliche Grundlage, müsste sie deshalb wegen Verletzung des Stimmrechts für unzulässig erklärt werden.

Wo sie eine gesetzliche Grundlage hat, stehen wir vor dem gleichen doppelten Problem wie bei der Behandlung des Gewaltenteilungsprinzips. (209) Erstens fragt sich, ob die kantonalen Verfassungen ein Verbot von Institutionen enthalten, welche automatisch dazu führen, dass ein Stimmbürger seinen Willen nicht klar äussern kann. Wieder haben wir keinen andern Anhaltspunkt als die Selbstverständlichkeit, mit welcher die Verfassungen solche Institutionen nicht vorsehen.

Will man das qualifizierte Schweigen bejahen, so stellt sich zweitens die Frage, ob das Bundesgericht diese Argumentation aufnehmen würde. Prinzipiell schützt Art. 85 lit. a) OG nur das vom Kanton garantierte Stimmrecht, formuliert jedoch keine Minimalstandards für die direkte Demokratie in den Kantonen und ist nicht Ausdruck eines ungeschriebenen verfassungsmässigen Rechts. (210) Es ist deshalb sehr wahrscheinlich, dass es das Bundesgericht vorziehen würde, die Interpretation der Verfassung in einer Frage, die so offen ist, dem kantonalen Gesetzgeber zu überlassen, statt sich dem Vorwurf auszusetzen, es greife über die Stimmrechtsbeschwerde in die kantonale Organisationsautonomie ein. (211)

(208) ZBl 80/1979 S. 261 f. Hervorhebung durch die Verfasserin.

(209) Vorn S. 96 f.

(210) AUER, S. 109 f.

(211) Weil eine Kantonsverfassung nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden kann (BGE 104 Ia 219 E. 1b), stellt sich die Frage nur, wenn die gesetzliche Grundlage nicht Verfassungsrang hat. Das haben wir für Abstimmungen auf Kantons-ebene jedoch gefordert.

§ 4 DER PLEBISZITAERE CHARAKTER DER KONSULTATIVABSTIMMUNG

I. DER BEGRIFF DES PLEBISZITS

Einzelne Autoren weisen darauf hin, dass in der Konsultativabstimmung die Gefahr des plebiszitären Missbrauchs angelegt sei. (1) Um diesen Vorwurf zu untersuchen, müssen wir uns zuerst entscheiden, welchen Sinn wir dem Wort "Plebiszit" geben wollen, denn es gibt dafür etwa gleich viele Interpretationen wie Autoren, die interpretieren.

Die Attribute, welche eine Volksabstimmung zum Plebiszit machen, lassen sich in einer Reihe mit fliessenden Uebergängen ordnen. Am einen Ende befinden sich die äusserlichen, formal definierten und nicht wertenden Umschreibungen, am andern Ende die inhaltlich definierten, schwer messbaren und immer disqualifizierenden. (2) In dieser Abfolge wird eine Abstimmung als plebiszitär bezeichnet, wenn

- sie zur Disposition eines andern Staatsorgans als der Stimmbürger steht und nicht auf Grund der Verfassung unbedingt stattfinden muss. (3)
- die Referendumsmaterien in der Verfassung nicht genau umschrieben sind. (4)
- die Vorlage für die Volksabstimmung nicht vom Parlament ausgeht und dieses ausgeschaltet wird, obwohl es im Willensbildungsprozess vorgesehen ist. (5)
- der zu fällende Sachentscheid gleichzeitig oder hauptsächlich ein Entscheid über eine Person ist. (6)
- die Behörden damit ihre Verantwortung abwälzen wollen. (7)

(1) MUELLER/SALADIN, Problem, S. 425; RUCH, S. 352.

(2) Nicht interessant sind in unserem Zusammenhang das Territorialplebiszit des Völkerrechts (vgl. HERNEKAMP, S. 31) sowie die völlige Gleichsetzung von Plebiszit und Referendum (vgl. z.B. EICHENBERGER, Zusammenspiel, S. 98).

(3) HERNEKAMP, S. 20 f., S. 32. Bei dieser Umschreibung ist jedes Behördenreferendum plebiszitär.

(4) Hans HUBER, Gesetzesreferendum, S. 12 u. 13. Dazu gehören die vor Anm. 3 genannten Fälle, aber auch Umschreibungen, die bei einer unbedingten Kompetenzzuweisung dem Parlament für die Unterstellung unter die Volksabstimmung einen grossen Spielraum lassen.

(5) Hans HUBER, a.a.O., S. 12; GASSER, S. 31.

(6) Vgl. Hans HUBER, a.a.O., S. 11; GASSER, S. 136; HERNEKAMP, S. 13.

(7) MUELLER/SALADIN, Problem, S. 425.

- sie normlos, okkasionell, manipulierbar und akklamatorisch ist (8), eine blosse Massenkundgebung und extrakonstitutionelle Manipulierung des Gedankens der Volksbefragung. (9)
- sie nicht Mitgestaltung durch das Volk, sondern demokratische Fassade ist (10), Surrogat für die tatsächliche Mitbeteiligung. (11)

Wenn auch die ersten vier Umschreibungen an sich nicht wertend sind, werden sie doch deshalb mit dem Plebiszit überhaupt in Zusammenhang gebracht, weil man vermutet, dass die entsprechende rechtliche Anordnung den Missbrauch der Volksabstimmung begünstige (12), und sie werden oft in einem Atemzug mit den - wie man annimmt - daraus zwangsläufig resultierenden schlimmen Folgen genannt. (13)

Interessant ist also der materielle Begriff des Plebiszits. Hier scheint mir jede Umschreibung zutreffend die festhält, dass bei einem Plebiszit der äussere Akt der Volksabstimmung und seine legitimierende Wirkung gebraucht werden nicht um der demokratischen Freiheit willen, sondern zum Vorteil der Behörden oder eines Regenten, dass sie also missbraucht werden. Ein Plebiszit ist Legitimation ohne Selbstbestimmung oder - was das gleiche ist - Verantwortung ohne Entscheidungsmacht. (14) Zu einer solchen Spaltung kommt es beispielsweise, wenn der Entscheid, über den man das Volk abstimmen lässt, schon gefällt ist, wenn man die Abstimmung nur anordnet, weil ihr Ausgang schon feststeht und genehm ist oder wenn das Ergebnis manipuliert wird, sei es durch irreführende staatliche Propaganda, durch die raffinierte Verknüpfung verschiedener Probleme in der Fragestellung (15) oder durch Fälschung.

(8) EICHENBERGER, Zusammenspiel, S. 98.

(9) So Werner KAEGL in der zusammenfassenden Wiedergabe von Hans HUBER, Gesetzesreferendum, S. 13.

(10) Vgl. HERNEKAMP, S. 11.

(11) GASSER, S. 136.

(12) So mündet die Arbeit von HERNEKAMP in das Ergebnis, die direkte Demokratie sei in Deutschland u.a. deshalb gescheitert, weil die Durchführung von Abstimmungen im Gegensatz zur Schweiz fast ganz im Belieben der Repräsentativorgane gestanden habe; vgl. S. 326 ff.

(13) So ist für AUBERT (Traité, Nr. 1115) das Behördenreferendum immer akklamatorisch und Abwälzen von Verantwortung. Vgl. auch die Umschreibungen von EICHENBERGER und KAEGL, Anm. 8 u. 9.

(14) Vgl. die in der Aufzählung oben am Schluss wiedergegebenen Definitionen und PICENONI, S. 12 Anm. 4.

(15) Das ist der plebiszitäre Aspekt von Sachabstimmungen, die gleichzeitig Regierungspersönlichkeiten betreffen.

Eine Volksabstimmung wirkt legitimierend, weil sie Selbstbestimmung ist; die Stimmbürger übernehmen die Verantwortung für ihre Folgen, weil sie entscheiden konnten. Trotzdem ist es faktisch möglich, diese Elemente auseinanderzureissen. Das ist nicht nur unmoralisch, sondern auch unklug, weil die legitimierende Wirkung von Volksabstimmungen nachlässt, wenn man zu lange von der Substanz zehrt, ohne sie zu nähren.

II. KONSULTATIVABSTIMMUNG UND PLEBISZIT

Während MUELLER/SALADIN das Merkmal einer plebiszitären Konsultativabstimmung im Abschieben von Verantwortung sehen (16), bedeutet dieses nach unserer Analyse bereits eine Kompetenzverletzung (17) und ist eine Konsultativabstimmung erst plebiszitär, wenn mit der Verantwortung nicht die faktische Zuständigkeit überhaupt auf die Stimmbürger übergeht. (18)

Am leichtesten sind jene Abstimmungen vom Plebiszitverdacht freizusprechen, deren Zielsetzung gar nichts mit direkter Demokratie als Legitimationsmechanismus zu tun haben, also die rein informatorischen Abstimmungen sowie jene, die ein Druckmittel des untergeordneten gegenüber dem entscheidenden Gemeinwesen sind. Die erste Art definiert sich gerade dadurch, dass die Behörden sich auf das Ergebnis nicht berufen können, dass sie also die volle Verantwortung behalten. (19) Die zweite Art ist nicht plebiszitär, weil sie einem Interessenkonflikt entspringt. Das übergeordnete Gemeinwesen ist zuständig, weil die Meinung des Subsystems nicht als entscheidend angesehen wurde. (20) Die Berufung auf diese Meinung bringt deshalb für die zuständige Behörde keine plebiszitäre Entlastung mit sich. Faktisch geht auch die Initiative immer vom Subsystem aus. (21)

(16) Problem, S. 425.

(17) Vorn S. 79 f.

(18) Hingegen sprechen auch m.E. die Anregung einer Volksbefragung durch eine Volksinitiative oder ihre Ansetzung im Frühstadium der Planung gegen ein Plebiszit (MUELLER/SALADIN, a.a.O., S. 425 f.), weil sie Indizien für den Versuch sind, die faktische Zuständigkeit der Stimmbürger zu erweitern.

(19) Vgl. vorn S. 62 f. u. S. 83.

(20) Vgl. vorn S. 49 f. u. S. 53.

(21) Für das Verhältnis zwischen Volk und Behörden innerhalb des Subsystems haben die anschliessenden Ueberlegungen jedoch Gültigkeit.

Auch wo eine Konsultativabstimmung der Ausweitung der direkten Demokratie dient, ist die Situation unproblematisch, so lange sich Stimmbürger und Behörden das Recht zum Entscheid streitig machen. (22) Normalerweise sind die entscheidenden Behörden aber durchaus an einer Abstimmung und ihrer legitimierenden Wirkung interessiert (23); dann weist sie drei Einbruchstellen für einen plebiszitären Missbrauch auf:

Weil das Ergebnis der Konsultativabstimmung rechtlich nicht verbindlich ist, hat die zuständige Behörde die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, wenn es ihr gelegen kommt, und es im andern Fall zu ignorieren. Der Entscheid wird dann nicht befolgt, sondern benutzt. Diese Gefahr ist bei uns sehr klein, weil die Tradition des Referendums die Behörden in ihrem eigenen Interesse zwingt, in jedem Fall im Sinne des Ergebnisses zu handeln. Immerhin können sie das Ergebnis befolgen oder nicht und beides rechtfertigen, wo sie offen gelassen haben, ob eine Abstimmung der Information oder der Ausdehnung der Demokratie dient. Wir müssen hier also auch wegen der Gefahr des plebiszitären Missbrauchs (der durchaus unbewusst sein kann) eine scharfe Trennung verlangen. (24)

Zweitens entscheiden nach der heutigen Rechtslage normalerweise die Behörden, ob eine Konsultativabstimmung stattfindet oder nicht. (25) Sie könnten sie also missbräuchlich nur dann anordnen, wenn der Ausgang schon absehbar ist und ihren Absichten entgegenkommt. Wieder schliesst der Einfluss des gewöhnlichen Referendums den Missbrauch aber praktisch aus. Der positive Ausgang einer Volksabstimmung verschafft bei uns einer Behörde keine Glorie der Popularität. Aus ihrer Perspektive hat sie lediglich ein unbequemes Hindernis glücklich genommen und den Vorwurf abgewendet, sie regiere am Volk vorbei. Die Volksabstimmung entlastet von Verantwortung, aber diese ist leicht zu tragen, wo die Stimmung im Volk eindeutig ist. Höchstens bei den Abstimmungen, mit denen ein Subsystem Druck auf das übergeordnete Gemeinwesen ausübt, dürfte das Ergebnis häufig schon von vornherein feststehen. (26) Trotzdem sind sie nicht akklamatorisch, weil die Behörden sich nicht einen eigenen Entscheid bestätigen lassen.

Drittens besteht die Gefahr, dass bei Konsultativabstimmungen die freie Willensbildung durch Suggestivfragen, behördliche Abstimmungspropaganda oder Verfahrensfehler unterbunden wird. Auch hier verhindert m.E. die Gewohnheit der normalen Volksabstimmung Fehler, in denen man einen plebiszitären Missbrauch

(22) Nichts mutet weniger plebiszitär an als der Fall Einsiedeln, vorn S. 20.

(23) Vgl. vorn S. 66.

(24) Die Gefahr besteht vor allem bei antizipierenden Abstimmungen.

(25) Einzig bei den Konsultativabstimmungen über Vernehmlassungen sehen die Rechtsgrundlagen eine unbedingte Kompetenzzuweisung an das Volk vor.

(26) So z.B. bei den NAGRA-Fällen, vorn S. 46.

sehen könnte. (27) Weniger drastische Verstösse sind hingegen häufig. So wurde im Fall Richterswil den Stimmbürgern das Abstimmungsmaterial nicht, wie vom kantonalen Recht vorgeschrieben, zwanzig Tage vor der Abstimmung zugestellt, sondern erst später. (28) Ferner muss man annehmen, dass häufig an Gemeindeversammlungen Konsultativabstimmungen stattfinden, ohne dass das Thema auf der Traktandenliste figuriert. Wir werden auf die Anforderungen, die an das Verfahren zu stellen sind, noch zu sprechen kommen. (29)

Diese Ueberlegungen machen verständlich, weshalb es keine Fälle von wirklich plebiszitären Konsultativabstimmungen gibt. (30)

§ 5 DIE STAATSRECHTLICHE BEURTEILUNG DER DEMOKRATISCH MOTIVierten KONSULTATIVABSTIMMUNG IM BESONDEREN: BEISPIEL EINER FRAGESTELLUNG AN DER GRENZE VON RECHT UND POLITIK

Dem überzeugten Anhänger der direkten Demokratie bietet sich die Konsultativabstimmung als Heilmittel für das längst erkannte Urteil an, dass es vielen Staatsakten an der demokratischen Legitimation mangelt, die ihrer Bedeutung entsprechen würde (1): Unter dem Einfluss der echten Referenden gehen Verantwortung und Entscheidungsmacht auf die Stimmbürger über, so dass ein echter Volksentscheid zustandekommt. Als direktdemokratische Veranstaltung ist die Konsultativabstimmung im Einzelfall deshalb sinnvoll (§ 3). (2) Aus dem gleichen Grund ist sie nicht plebiszitär, denn ihre legitimierende Wirkung knüpft nicht an die äussere Form an, sondern an einen echten Akt der Selbstbestimmung (§ 4). Dass der Einbruch

(27) Ich kann mir den Gemeinderat nicht vorstellen, der auf den Stimmzetteln die richtige Antwort vordrucken lässt.

(28) BGE 104 Ia 236.

(29) Vgl. hinten S. 152 ff.

(30) An der Gemeindeversammlung in Oberiberg (vgl. vorn S. 20) wurde ein bereits gefällter Entscheid der Exekutive bestätigt. Aber auch diese Abstimmung war nicht plebiszitär, weil die Initiative von einer Gruppe von Stimmbürgern ausging und die Exekutive die Abstimmung erst auf Anordnung des Regierungsrates hin durchführte.

(1) Vgl. z.B. KOELZ, Reform, S. 51.

(2) Vgl. allerdings zur Beeinträchtigung der Willensbildung vorn S. 136 f.

in die horizontale Kompetenzordnung dafür umso krasser ist (§ 2), nimmt man in Kauf. Mit dem nächsten Gedankenschritt wird der Kurzschluss in dieser Ueberlegung offensichtlich:

Wenn rechtlich unverbindliche, nach dem Belieben der Behörden angeordnete Volksabstimmungen im Einzelfall unproblematisch sind, weil es rechtlich verbindliche, unbedingt durchzuführende Abstimmungen gibt, so profitieren die ersten davon, dass die zweiten durch eine Kompetenzordnung gesichert werden, während sie gleichzeitig diese gleiche Kompetenzordnung verleugnen. Es ist deshalb nur eine Frage der Masse auf beiden Seiten, wann der Moment eintritt, wo die Anziehungskraft nicht mehr der rechtsverbindlichen, sondern der konsultativen Abstimmungen überwiegt und das ganze System zusammenbricht. Die Konsultativabstimmung ist m.a.W. ein Parasit, der den ihn ernährenden Wirt bedroht. Der normative Charakter des Rechts verlangt, dass die Kompetenzordnung unbedingt eingehalten wird, und auch die direkte Demokratie kann nur unter dieser Voraussetzung überleben. (3) Die Konsultativabstimmung als Mittel von Selbstbestimmung und Legitimation ist deshalb auf lange Sicht ein staatsrechtlicher Selbstbetrug und - mit oder ohne gesetzliche Grundlage - abzulehnen.

In einem konkreten Fall kommt die Ueberzeugung, ein bestimmter Staatsakt leide an einem Legitimitätsdefizit, mit diesen grundsätzlichen Bedenken in Konflikt. Soll sich, wer z.B. für Volksentscheide im Bereich von Nationalstrassen- oder Atomkraftwerkbau eintritt, faute de mieux für eine Konsultativabstimmung engagieren oder diese als Scheinlösung gerade ablehnen? Dieser Konflikt zeigt, in welchem Masse die Antwort, für die ich mich entschieden habe, eine politische Antwort ist. Sie ist nur sinnvoll vor dem Hintergrund der Ueberzeugung, dass das politische System der Schweiz willens und fähig sei, der Idee der Selbstbestimmung in mühsamer politischer Kleinarbeit nach Möglichkeit gerecht zu werden und dass deshalb ein kurzfristiges Legitimitätsdefizit einer langfristigen Verwilderung der Kompetenzordnung vorzuziehen sei. Diese Ueberzeugung entspringt mehr einer Hoffnung als einem Wissen, und man kann es mit guten Gründen ablehnen, sie zu teilen. Die Ansicht, eine Konsultativabstimmung sei immer zu befürworten, wenn die Bedeutung des Entscheids der Legitimation durch das Volk bedürfe, ist deshalb auch vertretbar.

(3) Vgl. statt vieler KAEGI, Rechtsstaat, S. 137 f.

DRITTER TEIL

EINZELNE RECHTSFRAGEN

Bis jetzt sind in dieser Arbeit praktische Fragen nur als Ausfluss der staatsrechtlichen Grundproblematik der Konsultativabstimmung zur Sprache gekommen. In diesem Teil sollen sie im Zentrum stehen.

Trotzdem können die Ausführungen selten ganz konkret sein, weil sie die Konsultativabstimmung betreffen; Einzelfragen können aber nur befriedigend beantwortet werden, wenn eine bestimmte Abstimmung, ein bestimmtes Gemeinwesen und bestimmte Normen zur Diskussion stehen. Es geht denn auch mehr darum zu zeigen, wie sich die grundsätzliche Problematik in die konkreten Fragen hinein fortsetzt. Das führt zu vielen Verweisen auf den vorhergehenden Teil.

Der Katalog der Fragen, die behandelt werden, ist nicht vollständig. Die Arbeit mit hypothetischen Fällen führt leicht zu praxisfremden Ergebnissen und ist besonders unbefriedigend, wenn man bereits zum Schluss gekommen ist, dass gewisse Probleme am besten vermieden werden, indem man auf eine Konsultativabstimmung überhaupt verzichtet. Ich stelle deshalb jene Fragen in den Vordergrund, die schon einmal Gegenstand einer juristischen Auseinandersetzung waren.

§ 1 DER ENTSCHEID UEBER DIE DURCHFUEHRUNG EINER KONSULTATIVABSTIMMUNG

I. DAS ZUSTAENDIGE ORGAN

1. Die Regelung für gewöhnliche Volksabstimmungen

Die gewöhnliche Volksabstimmung, welche zu einem Volksentscheid führt, wird nach schweizerischem Recht durch einen der folgenden Mechanismen ausgelöst: Die Abstimmung findet für eine bestimmte, in der Verfassung umschriebene Materie obligatorisch statt oder nur, wenn eine bestimmte Anzahl von Bürgern es verlangt (1);

(1) Für die Rechtsgrundlagen vgl. HERNEKAMP, S. 70 ff., 81 f., 126 ff., 189 ff. (obligatorisches Referendum) und S. 77, 83 f., 133 f., 192 ff. (fakultatives Referendum).

oder das Parlament hat die Möglichkeit, von sich aus einen seiner Beschlüsse der Volksabstimmung zu unterstellen, auf Begehren einer Minderheit von Parlamentariern oder mit Zustimmung der Mehrheit. Auch das ausserordentliche Referendum führt wieder entweder obligatorisch oder fakultativ zur Volksabstimmung. (2)

Ueber diese Mechanismen fällt der grundsätzliche Entscheid, ob eine Volksabstimmung stattfindet oder nicht. Davon scharf zu unterscheiden ist die sog. Anordnung der Abstimmung, die in vielen Rechtsordnungen der Regierung übertragen ist. (3) Damit sind technische Massnahmen wie das Festsetzen des Abstimmungsdatums, das Versenden des Abstimmungsmaterials und die Aufforderung an Kantone oder Gemeinden zur Mitarbeit gemeint. (4)

2. Grundzüge einer Lösung für Konsultativabstimmungen

In ihren Gutachten zur Zulässigkeit einer Konsultativabstimmung im Kanton Basel-Landschaft erklären sowohl GIACOMETTI als auch NAWIASKY, nach dem kantonalen Wahlgesetz seien Volksabstimmungen von der Regierung anzuordnen, weshalb das Parlament für die Durchführung einer Konsultativabstimmung unzuständig sei. (5) M.E. verkennen sie mit dieser Auffassung den grundlegenden Unterschied zwischen dem Entscheid über die Durchführung einer Volksabstimmung, der im geltenden Recht in den Grundzügen durch die Verfassung gefällt wird, und ihrer Anordnung. Für die Konsultativabstimmung stellt sich die Aufgabe, eine angemessene Analogie zur positivrechtlichen Lösung des ersten Problems zu finden.

Wir können die Frage, wer das Recht haben solle, eine Konsultativabstimmung zu verlangen, nur beantworten, wenn wir einmal mehr berücksichtigen, welche Funktion eine Konsultativabstimmung haben kann.

Wie schon mehrfach gesagt, gibt es rein informative Abstimmungen nur, wo es um die Abklärung der Referendumschancen für verschiedene Varianten einer Vorlage geht, weil es im übrigen

(2) Für die Rechtsgrundlagen vgl. vorn S. 105. Zur Begründung der verschiedenen Formen vgl. AUBERT, Referendum, S. 486 f.

(3) Vgl. z.B. Art. 10 u. 58 des BG über die pol. Rechte oder § 17 Abs. 1 des G über die Wahlen und Abstimmungen von BL.

(4) Vgl. HERNEKAMP, S. 156 und 205.

(5) Justizdir. BL, S. 12; NAWIASKY, S. 9. Giacometti begründete seine Ansicht mit einem zusätzlichen Argument, auf das wir sogleich eingehen werden. Zum Sachverhalt vgl. vorn S. 33.

keinen Grund gibt, ausgerechnet die Stimmbürger zu befragen. Weil es zu den angestammten Aufgaben der Exekutive gehört, die für einen Entscheid notwendigen Grundlagen zu sammeln und einen ersten Entwurf vorzulegen, muss es ihr auch überlassen werden, zu entscheiden, ob eine Konsultativabstimmung zur Vervollständigung dieser Grundlagen notwendig sei, gleichgültig, ob sie für das Parlament oder direkt für die Gemeindeversammlung arbeitet. Wo das Gesetz der Exekutive diese Möglichkeit einräumt, kann man allerdings dem Parlament nicht verwehren, von ihr die Ergänzung der Entscheidungsgrundlagen durch das Ergebnis einer Konsultativabstimmung zu verlangen.

Gegen die hier vertretene Ansicht sind zwei Einwände zu erwarten. Erstens hat eine Vorlage, die sich im Stadium der verwaltungsinternen Vorbereitung befindet, noch nicht die endgültige Gestalt, so dass die Konsultativabstimmung zu Aussagen führt, die bei späteren Aenderungen wertlos werden können. (6) Zweitens besteht die Gefahr, dass eine von der Regierung angeordnete Abstimmung den Vorrang des Parlaments gefährdet. (7) Der erste Einwand ist an sich richtig, stellt aber einen Mangel fest, der jeder antizipierenden Abstimmung zwangsläufig anhaftet. Noch fragwürdiger wäre es, bei den Stimmbürgern die Chancen verschiedener Varianten einer Vorlage zu erforschen, nachdem auch das Parlament die Vorlage schon behandelt hat. Der zweite Einwand verkennt, dass es bei den Konsultativabstimmungen, von denen wir hier sprechen, um Tatsachenfeststellung auf dem Weg über die Volksabstimmung geht und dass die Anordnung durch die Exekutive diesen Umstand noch unterstreicht, was zu begrüßen ist. Fürchtet man trotzdem, die Exekutive könne das Parlament auf diesem Weg ausmanövrieren, so ist die Lösung nicht, die Befugnis zur Anordnung der Abstimmung dem Parlament zu übertragen (8), sondern auf die Abstimmung überhaupt zu verzichten. In diesem Fall hat man nämlich die Möglichkeit von rein informatorischen Abstimmungen, die auch von den Stimmbürgern als solche erkannt werden, überhaupt verneint.

Sehr glücklich scheint mir deshalb die Lösung von Art. 70 der Thuner GO, welcher der Exekutive das Recht zur Durchführung von Umfragen einräumt, wobei die Form der Abstimmung zugelassen, aber nicht vorgeschrieben ist. Nach den übrigen Normen und in der Praxis werden antizipierende Konsultativabstimmungen, wo ein solches existiert, vom Parlament angeordnet. Das ist folgerichtig, solange man sich entgegen der früher aufgestellten Forderung nicht

(6) Vgl. auch MUELLER/SALADIN, Problem, S. 423, und RUCH, S. 152.

(7) So RR ZH, Staatsverfassung, S. 1865 (zur Grundsatzabstimmung), und Dir. des Innern ZH, S. 8.

(8) So Dir. des Innern ZH, a.a.O.; DERENDINGER, S. 403, und Art. 25 Abs. 1 VE zur KV SO, Expertenkommission SO, Textvorschläge.

nicht entweder für die informatorische Konsultativabstimmung oder die demokratische Grundsatzabstimmung entscheidet. (9)

Soweit die Konsultativabstimmung als Mittel gebraucht wird, um die demokratische Legitimation von nichtreferendumspflichtigen Staatsakten zu stärken, muss man sie als Symptom ernst nehmen, als Institution jedoch ablehnen. Das wird im Zusammenhang mit den hier behandelten konkreten Fragen besonders deutlich. Jede Antwort auf die Frage, wer befugt sein solle, eine solche Abstimmung anzuordnen, ist widersinnig. Weil sie eine Aenderung der Kompetenzordnung bedeutet, müsste man den Verfassungsgeber für zuständig erklären mit dem Ergebnis, dass die Verfassung oder die Gemeindeordnung um eine Norm erweitert würde, nach welcher über die Frage X eine Konsultativabstimmung durchzuführen sei. Damit ist jedoch die Flexibilität, welche das Wesen dieser Art von Konsultativabstimmungen ausmacht, verloren. Es bleibt deshalb nur der – allerdings unspektakuläre – Weg, einerseits der Umschreibung der referendumspflichtigen Akte grösste Aufmerksamkeit zu schenken und anderseits die Möglichkeiten des Behördenreferendums, das die Starrheit dieser Umschreibung auflockert, besser auszuschöpfen. Diesen Weg haben jene Gemeinwesen beschritten, welche dem Parlament das Recht einräumen, Grundsatzabstimmungen anzuordnen. Soweit in der Praxis entgegen den hier geäusserten Bedenken demokratisch-legitimatischer motivierte Konsultativabstimmungen durchgeführt werden, bleibt nur die Möglichkeit, das Parlament darüber entscheiden zu lassen, weil es nach den Stimmbürgern das höchste Staatsorgan ist.

Am wenigsten problematisch sind Abstimmungen über Stellungnahmen zu Fragen im Zuständigkeitsbereich eines übergeordneten Gemeinwesens. Hier üben die Stimmbürger eine eigene Kompetenz aus, wenn auch mit nur faktischer Wirkung. Die Abstimmung kann deshalb durch die gleichen Mechanismen ausgelöst werden, wie sonst ein Volksentscheid. Die Kantone kennen sowohl das obligatorische als auch das fakultative Referendum. (10)

Die (notwendige) rechtliche Grundlage einer Konsultativabstimmung muss die Zuständigkeit zur Anordnung regeln, weil Art und Begründung der Abstimmung davon abhängen. (11)

-
- (9) Vorn S. 129. Typisch ist z.B. Art. 25 des Solothurner Verfassungsentwurfs (vgl. die vorstehende Anm.), der die Anordnung durch die Regierung nur in Fällen zulässt, in denen die Umfrage nicht die Form einer Abstimmung annimmt, aber offen lässt, wann welche Form angezeigt ist.
- (10) Vgl. vorn S. 35 ff.
- (11) Vgl. vorn S. 135.

In ihrem Bericht zur Petition der Gewaltfreien Aktion Kaiser-augst (12) kommt die Justizdirektion des Kantons Basel-Landschaft zum überraschenden Schluss, dass eine nicht durch die Verfassung gedeckte Volksabstimmung von jenem Organ beschlossen werden müsse, das die entsprechende Ausgabenkompetenz besitzt. (13) Allerdings setzte sie sich nicht mit dem Problem der Berechnung dieser Kosten auseinander. Sicher sind sie minim, wenn im Rahmen einer Gemeindeversammlung spontan eine Konsultativabstimmung angesetzt wird, und beträchtlich, wenn ein Kanton oder gar der Bund ein Urnenverfahren durchführt. Sie lassen sich aber überhaupt nicht beziffern, weil alle beteiligten Gemeinwesen dafür einen bereits bestehenden Apparat von Menschen und Abläufen einsetzen, dessen einzelne Leistungen nicht wie in der Privatwirtschaft einen Geldwert haben. Bei eidgenössischen und kantonalen Abstimmungen wird der ganze Urnendienst von den Gemeinden erbracht (14), ohne dass sie dafür im einzelnen entschädigt würden. Vielmehr erfüllen sie dabei eine ihnen übertragene Aufgabe, die sie im Prinzip selbst finanzieren. (15)

Zuvor hatte die Justizdirektion unter Berufung auf das erwähnte Gutachten von Giacometti erwogen, aber offengelassen, ob für die Anordnung nur die Regierung zuständig sei, weil die Anordnung einen reinen Verwaltungsakt darstelle. Die Qualifikation des Entscheids über die Durchführung einer Konsultativabstimmung als Verwaltungsakt oder als Ausgabe wird notwendig, wenn man auf eine gesetzliche Grundlage verzichtet, kommt m.E. aber nicht in Frage. Die Volksabstimmung ist eine Station im Entscheidungsprozess und kann deshalb nicht plötzlich mit einem relativ unbedeutenden Inhalt dieses Prozesses gleichgesetzt werden. Den gleichen Vorwurf müssen wir dem Bundesgericht machen, wenn es in der Konsultativabstimmung einfach eines unter mehreren Mitteln sieht, derer sich die Behörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedienen. (16)

(12) Zum Sachverhalt vgl. vorn S. 43 f.

(13) Es handelt sich um einen Eventualstandpunkt, weil die Justizdirektion ebenfalls eine Verfassungsgrundlage verlangt: S. 12.

(14) Vgl. hinten S. 151.

(15) Richard FURRER, Der Finanzausgleich im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1975, S. 55. Meine Darstellung ist angesichts der komplizierten finanziellen Verflechtungen zwischen Kantonen und Gemeinden stark vereinfacht, und es ist durchaus möglich, dass solche Leistungen in einzelnen Kantonen in irgend einer Form entschädigt werden.

(16) BGE 104 Ia 236 (Fall Wädenswil). Das Ergebnis seiner Uebergerlegung war im konkreten Fall vertretbar (vgl. hinten Seiten 156 ff.). Sie darf aber nicht verallgemeinert werden.

II. DAS ZUSTAENDIGE GEMEINWESEN

1. Grundsatz

Die Frage, ob ein Gemeinwesen frei sei, auf seinem Gebiet Konsultativabstimmungen anzuordnen, oder ob das Recht eines übergeordneten Gemeinwesens ihm das allenfalls verbiete, weist die Eigentümlichkeit auf, dass sie von einem Verfahren spricht, nicht aber von seinem Gegenstand oder seinen Wirkungen.

Das positive Recht befasst sich grundsätzlich mit dem Abstimmungsverfahren, weil und soweit es Volksentscheide herbeiführt, d.h., es sieht darin eine besondere Form der Kompetenzausübung; hingegen regelt es nicht das Abstimmungswesen als solches. Wir müssen deshalb auf die so gestellte Frage antworten, dass jedes Gemeinwesen grundsätzlich selber entscheiden könne, welche Volksabstimmungen auf seinem Gebiet stattfinden sollen, jedoch sofort einschränken, dass diese Freiheit enge Grenzen hat, sobald eine Konsultativabstimmung faktisch ein Volksentscheid ist.

2. Beschränkung durch das Recht eines übergeordneten Gemeinwesens

Kein Gemeinwesen darf Entscheide an sich ziehen, für die ein übergeordnetes zuständig ist. Wir haben bereits festgestellt, dass eine Konsultativabstimmung in dieser Beziehung mit übergeordnetem Recht nicht in Konflikt kommen kann. (17)

Sodann muss sich ein Gemeinwesen an die materiellen Normen des übergeordneten Rechts halten. Soweit ein kantonales Gemeindegesetz die Kompetenzabgrenzung zwischen den Stimmbürgern und den andern Gemeindeorganen regelt, verbietet es eine – auch nur faktische – Kompetenzverschiebung, wenn sie im Widerspruch zu dieser Ordnung steht. (18) Möglicherweise verbietet das kantonale Recht auch Konsultativabstimmungen, weil sie von ihrer Anlage her gegen das verfassungsmässig geschützte Stimmrecht und das Prinzip der Gewaltentrennung verstossen. (19)

Innerhalb dieses Rahmens sind die Gemeinden frei, Konsultativabstimmungen in die Gemeindeordnung aufzunehmen, wobei der Rahmen meistens nur noch reine Informationsabstimmungen, eventuell Volksentscheide über Vernehmlassungen zulassen wird. Wo das kantonale Recht den Gemeinden die Durchführung von Konsultativabstimmungen ausdrücklich verbietet oder sich aus der Entstehungsgeschichte eines Erlasses ergibt, dass man auf ihre Ein-

(17) Vorn S. 87 ff.

(18) Vorn S. 95.

(19) Vorn S. 96 f. u. 136 f.

führung bewusst verzichtet hat (20), muss sorgfältig geprüft werden, welche Art von Abstimmungen gemeint war. (21)

Im Fall Bassersdorf kam das Bundesgericht zum Schluss, die Zürcher Gemeinden hätten im Abstimmungsrecht nicht jene relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit, welche Voraussetzung eines geschützten Autonomiebereichs sei. (22) In ihrer Kritik an diesem Urteil stellen MUELLER/SALADIN korrekt fest, dass das Zürcher Gemeindegesetz bezüglich der Konsultativabstimmung kein qualifiziertes Schweigen aufweise und dass die Entscheide Wädenswil und Richterswil eine stillschweigende Abkehr von jenem Entscheid bedeuten, weil sie voraussetzen, dass das kantonale Recht die Konsultativabstimmung nicht regelt. (23) Ihre Ueberlegung und die neuen Bundesgerichtsentscheide weisen aber den Mangel auf, dass nicht zusätzlich geprüft wird, ob die betreffenden Konsultativabstimmungen nicht kantonale Normen über die Kompetenzausscheidung verletzen. Erst wenn das verneint ist, kann der Gemeinde der Entscheid über die Abstimmung freigestellt werden. (24)

Mit dieser Lösung erklären wir die Gemeinde für autonom, was die Anordnung gewisser Verfahren betrifft; die Freiheit ist aber scheinbar, weil sie enge rechtliche Schranken hat. Die Lösung ist unbefriedigend, weil sie aus einer falschen Fragestellung resultiert. Die richtige Frage wäre, ob eine Gemeinde mit Bezug auf die Ziele, die sie mit einer Konsultativabstimmung verfolgt, eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit geniesse.

Das Bundesgericht stellt den Kantonen die Gestaltung ihrer Demokratie im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 lit. b und c BV frei, verbietet also grundsätzlich die Konsultativabstimmung nicht. Ein-

(20) Vgl. MUELLER/SALADIN, Problem, S. 438. Aus der Ablehnung der Konsultativabstimmung für den Kanton (z.B. im Kt. Solothurn, a.a.O.) kann man jedoch nicht auf ein Verbot für die Gemeinden (z.B. für Olten, vgl. vorn S. 9 Anm. 12) schliessen.

(21) Vgl. z.B. SCHORER, S. 11 ff.

(22) BGE 104 Ia 487 ff.; zum Sachverhalt vgl. vorn S. 13.

(23) Problem, S. 427 u. 439. Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz liess die hier gestellte Frage offen (VGE 585/80, S. 19).

(24) Bei einer sehr oberflächlichen Beurteilung der drei Fälle komme ich zum Schluss, dass sich die Pflicht der Gemeindebehörden, in eigener Verantwortung eine Vorlage auszuarbeiten, bereits aus dem kantonalen Recht ergibt (vgl. METTLER, S. 195 ff.), und dass sie in den Fällen Wädenswil und Bassersdorf verletzt wurde, während die Gemeinden die Zuständigkeit für die Vertretung der Gemeinde nach aussen selber regeln dürfen (METTLER, S. 202 ff.), im Fall Richterswil also keine kantonale Kompetenzvorschrift verletzt war. Zur besonderen Situation im Fall Wädenswil vgl. jedoch hinten S. 156 ff.

schränkungen ergeben sich möglicherweise aus dem bundesrechtlichen Schutz des Gewaltenteilungsprinzips und des Stimmrechts. (25)

3. Keine Beschränkung durch das Recht des vollziehenden Gemeinwesens

Die Durchführung der Volksabstimmungen auf Bundesebene obliegt den Kantonen. (26) Diese übertragen ihrerseits den Vollzug sowohl von eidgenössischen als auch von kantonalen Abstimmungen den Gemeinden, so dass im Ergebnis für die technische Durchführung sämtlicher Volksabstimmungen die Gemeinden zuständig sind. (27) Die einschlägigen Delegationsnormen beziehen sich ausdrücklich oder sinngemäss nur auf die von der Verfassung vorgesehenen Urnengänge. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Gemeinden überhaupt zur Mitarbeit verpflichtet werden können, solange eine Konsultativabstimmung keine Grundlage in der Bundes- oder Kantonsverfassung hat. Die Justizdirektion des Kantons Basel-Landschaft vertrat die Ansicht, dass die Gemeindeautonomie verletzt wäre, wenn für eine Abstimmung nicht wenigstens eine gesetzliche Grundlage vorliege, weil nach der Kantonsverfassung die Mithilfe der Gemeinden vom Gesetz zu regeln sei. (28) Im gleichen Fall stellte die Petitionskommission des Kantons Aargau fest, die Gemeinden könnten sich ungestraft weigern, eine Konsultativabstimmung ohne Rechtsgrundlage durchzuführen. (29)

Diese Ansicht hält einer Prüfung nicht stand. Die Gemeinden sind bei kantonalen und eidgenössischen Urnengängen reine Vollzugsorgane. (30) Ob auf kantonomer Ebene eine Volksabstimmung stattfinden soll, muss allein der Kanton entscheiden, und es kommt nicht in Frage, dass eine Gemeinde über ihre Vollzugskompetenz zur Richterin in einer Frage wird, die rechtlich zumindest umstritten ist. Ebensowenig dürfte sie die Mitarbeit verweigern, weil das Kantonsparlament eine Volksinitiative ihrer Meinung nach zu Unrecht der Volksabstimmung unterstellt. In der Frage, ob im Kanton eine Abstimmung durchgeführt werden dürfe, haben die Gemeinden

(25) Vgl. vorn S. 96 f. u. 136 f. Eine weitere Reibungsfläche haben wir bei den Konsultativabstimmungen über Vernehmlassungen des Bundes festgestellt; vgl. vorn S. 90 ff.

(26) Art. 10 Abs. 2 BG über die pol. Rechte.

(27) HERNEKAMP, S. 155. Die Landsgemeindekantone bilden eine Ausnahme.

(28) S. 9.

(29) S. 1832. Es ging um die Petition der Gewaltfreien Aktion Kaiseraugst, vgl. vorn S. 43 f.

(30) Vgl. zur Gemeinde als dezentralisierter Administrativkörper DAHINDEN, S. 72 ff., und METTLER, S. 45 u. 361.

nicht nur keine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit (31), sondern überhaupt keine; sie sind nicht autonom. (32) Hingegen könnte Gegenstand der kantonalen Konsultativabstimmung eine Materie sein, die in den Autonomiebereich einer bestimmten oder aller Gemeinden fällt. Wenn dadurch im konkreten Fall die Entscheidungsfreiheit der zuständigen Gemeindeorgane faktisch aufgehoben ist, verletzt der Kanton seine eigenen Normen über die vertikale Kompetenzausscheidung. (33)

Die gleichen Ueberlegungen gelten für das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen. Diese könnten sich unter Berufung auf Art. 3 BV gegen eine eidgenössische Konsultativabstimmung zur Wehr setzen, wenn sie geltend machen, sie führe wegen ihres Gegenstandes zu einer faktischen Kompetenzverlagerung von den Kantonen auf den Bund, nicht aber mit der Begründung, der Bund sei nicht zuständig, andere als die in der Verfassung vorgesehenen Volksabstimmungen durchzuführen. (34)

§ 2 DAS ABSTIMMUNGSVERFAHREN

I. DAS PROBLEM

Die Entscheide des Volkes kommen in einem Verfahren zustande, das sehr genau geregelt sein muss, weil der Entscheidungsablauf bei einem zusammengesetzten, grossen und heterogenen Organ besonders störungsanfällig ist. Das schweizerische Recht kennt deshalb ein dichtes Netz von Vorschriften über das Verfahren bei Volksabstimmungen, die entweder vom einzelnen Gemeinwesen aufgestellt worden sind oder aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Stimmrechtsbeschwerde (Art. 85 lit. a OG) resultieren. Sie betreffen etwa die zulässige Fragestellung, die Bekanntmachung von Gegenstand und Datum der Abstimmung, behördliche Erläute-

-
- (31) Zur neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gemeindeautonomie vgl. DAHINDEN, S. 129 ff.
 - (32) Das wird besonders deutlich, wenn man berücksichtigt, wie eng die Grenzen der Gemeindeautonomie bei der Anwendung von kantonalem Recht überhaupt sind; vgl. DAHINDEN, S. 140 ff.
 - (33) Weil der Kanton die Möglichkeit hat, die Entscheidungskompetenz an sich zu ziehen, ist der Fall eher hypothetisch; vgl. vorn, S. 49 f.
 - (34) Die vorstehende Anmerkung gilt analog.

rungen und private Propaganda, die verschiedenen Formen der Stimmabgabe, die Prüfung der Stimmberechtigung, die Stimmpflicht und den Schutz des Abstimmungsgeheimnisses. (1) Es stellt sich die Frage, ob diese Vorschriften auch für Konsultativabstimmungen gelten.

Diese Frage führt zunächst in ein Dilemma, in welchem die grundsätzliche Problematik der Konsultativabstimmung sichtbar wird: Weil sie die äussere Form einer Volksabstimmung hat, scheint es nötig, alle Regeln, die ja dem Schutz dieses Verfahrens dienen, auch hier anzuwenden. (2) Weil sie kein vom Gesetz vorgesehener Volksentscheid ist, sondern eine Konkurrentin, scheint es jedoch nötig, den Unterschied durch möglichst grosse Abweichungen im Verfahren möglichst deutlich zu machen. (3) Der Widerspruch verschwindet, wenn man das Verfahren der Funktion einer Konsultativabstimmung unterordnet, und lässt sich nicht auflösen, solange über die Funktion keine Klarheit herrscht. (4)

II. GRUNDZUEGE EINER LOESUNG FUER KONSULTATIVABSTIMMUNGEN

Eine reine Informationsabstimmung muss zwei Anforderungen erfüllen. Erstens muss sie ihrem Zweck entsprechend zu einem aussagekräftigen Ergebnis führen; zweitens sollte ihr Verfahren zum Ausdruck bringen, dass sie nicht der demokratischen Entscheidungsfindung, sondern einer reinen Tatsachenfeststellung dient. Die Tatsache, welche festgestellt wird, kann nur die Meinung der Stimmbürger zu verschiedenen Varianten einer künftigen Abstimmungsvorlage sein. (5) Weil die Stimmbürger ihre Meinung im Verlauf einer politischen Auseinandersetzung ändern, wäre eine Konsultativabstimmung am informativsten, wenn sie den Abschluss eines Abstimmungskampfes bildete und in jedem Verfahrensschritt den Anschein einer gewöhnlichen Volksabstimmung hätte. Damit ist jedoch das Erfordernis der Unterscheidbarkeit vom Volksentscheid verletzt, welches man höher schätzen muss, weil es dem Schutz der direkten Demokratie überhaupt dient. (6) Es ist unzulässig, das politische

(1) Vgl. das Inhaltsverzeichnis von PICENONI, S. VII f., und HERNEKAMP, S. 89 ff., 101 ff., 156 ff., 205 ff.

(2) Dies ist der Standpunkt des Bundesgerichts in BGE 104 Ia 239.

(3) Vgl. z.B. Dir. des Innern ZH, S. 6 u. 8.

(4) Vgl. auch BGE 104 Ia 238 f.: "Vielmehr haben ... diejenigen Verfahrensvorschriften analog Anwendung zu finden, die für die ordentliche Volksabstimmung vorgesehen sind, vorausgesetzt, dass sie sich auch für konsultative Volksbefragungen als sachgerecht erweisen." (Hervorhebung durch die Verfasserin).

(5) Vgl. vorn S. 63 u. 125.

(6) Vgl. die vorn S. 98 aufgezählten Einwände gegen die Konsultativabstimmung, die in diesem Fall berechtigt wären.

Engagement der Stimmbürger zu wecken, wenn das Ergebnis der Abstimmung für die Behörden nur den Wert einer Information hat. Stösst man sich daran, dass eine Informationsabstimmung nicht mehr liefert als das Bild der Volksmeinung in einem bestimmten Augenblick, so muss man darauf verzichten. Die Forderung nach einem korrekten Verfahren ist deshalb fragwürdig, wenn damit einzig die Erhöhung der Aussagekraft einer Abstimmung bezweckt wird. (7)

Es entspricht dem Sinn einer Informationsabstimmung, wie wir sie hier im Auge haben, dass nur Stimmberechtigte daran teilnehmen und jeder nur eine Stimme abgibt. Die Form der Aufforderung zur Teilnahme an der Abstimmung und der Kontrolle bei der Stimmabgabe kann deshalb vom normalen Verfahren übernommen werden. Die Fragestellung muss den konkreten Umständen angepasst sein; ungewohnte Formen sind erwünscht (8), und bei mehreren Varianten sollte nur das relative Mehr und nicht über ein Evaluationsverfahren eine Siegervariante ermittelt werden. (9) Die Stimmbürger müssen nur knapp, sicher aber über die Natur der Abstimmung informiert werden. Das kann auch unmittelbar vor der Abstimmung in einer Gemeindeversammlung geschehen, weil die politische Auseinandersetzung nicht garantiert sein muss. Vorschriften über die Stimpfpflicht (10) sind nicht anzuwenden, und das Ergebnis muss nicht vom Wahlbüro (11), sondern kann von der Verwaltung ausgezählt werden. Der Uebergang zu Formen, die wir nicht mehr als Konsultativabstimmungen bezeichnen würden, ist fliessend und jede Oeffnung in diese Richtung erwünscht.

Nach BGE 104 Ia 236 (Fall Richterswil) sind bei Konsultativabstimmungen grundsätzlich die Verfahrensvorschriften zu beachten, die für die ordentlichen Volksabstimmungen gelten. Nach der Ansicht von MUELLER/SALADIN bedeutet dieser Entscheid, dass die Konsultativabstimmung nur als Instrument der direkten Demokratie und nicht als unverbindliche Aeusserung des Volkswillens verstanden werden darf. (12) Sind also reine Informationsabstimmungen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überhaupt unzulässig? (13) Dieser Schluss wäre m.E. falsch, weil in tatsächlicher Hinsicht weder im Fall Richterswil noch im Fall Wädenswil eine

-
- (7) Vgl. z.B. BGE 104 Ia 233 u. 235 und MUELLER/SALADIN, Zulässigkeit, S. 17.
 - (8) Z.B. in der Weise, dass die Stimmbürger von drei Varianten die bevorzugte mit Nr. 1 und die ihrer Meinung nach schlechteste mit Nr. 3 bezeichnen oder dass sie auf dem Stimmzettel zusätzliche Bemerkungen anbringen können.
 - (9) Dir. des Innern ZH, S. 6 u. 8.
 - (10) Vgl. AUER, S. 23.
 - (11) Vgl. HERNEKAMP, S. 101.
 - (12) Problem, S. 429; vgl. auch S. 434.
 - (13) Aehnliche Zweifel äussert KOELZ, Reform, S. 52.

Informationsabstimmung vorlag. Das Bundesgericht hat sich zur wirklich informatorischen Abstimmung nicht geäußert und überdies selber festgestellt, dass Verfahrensvorschriften nur gelten, soweit "sie sich auch für konsultative Volksbefragungen als sachgerecht erweisen." (14)

Sobald der Informationscharakter einer Abstimmung nicht offensichtlich ist, führt sie faktisch, und meistens auch von ihrem Zweck her, zu einer Ausdehnung der direkten Demokratie auf nicht-referendumpflichtige Erlasse. Hier müssen alle Vorschriften über das Abstimmungsverfahren eingehalten werden, wenn man nicht – was zu fordern ist – auf solche Abstimmungen überhaupt verzichtet.

Die Verfahrensvorschriften müssen auch befolgt werden bei Volksabstimmungen, die konsultativ sind, weil der eigentliche Entscheid von einem anderen Gemeinwesen gefällt wird. Damit sie ihre Funktion – die Stärkung der Position des Subsystems – erfüllen können, muss das Abstimmungsergebnis mit der ganzen Autorität eines Volksentscheids ausgerüstet sein. Hier ist die Feststellung richtig, mit der Konsultativabstimmung werde die Meinung des Souveräns autoritativ festgelegt (15), ebenso die Ueberlegung, dass nur ein korrektes Verfahren zu einem aussagekräftigen Ergebnis führe. (16)

Der Fall Richterswil bietet das Beispiel einer Konsultativabstimmung, die gleichzeitig demokratisch und föderalistisch motiviert war. Der Gemeinderat legte den heiklen Entscheid über die Position der Gemeinde zur Frage der Seestrasse in die Hände der Stimmbürger und wollte damit gleichzeitig der kantonalen Regierung eine offizielle, gewichtige Stellungnahme übermitteln. Der Entscheid des Bundesgerichts, die Abstimmung wegen Verfahrensmängeln aufzuheben, ist deshalb im konkreten Fall überzeugend. (17)

(14) BGE 104 Ia 239 (Richterswil).

(15) BGE 104 Ia 228 (Wädenswil).

(16) Vgl. vorn S. 154 Anm. 7. In BGE 106 Ia 20 ff. zur Zürcher Kaiseraugstabstimmung rügte das Bundesgericht eine irreführende Fragestellung, ohne überhaupt in Frage zu stellen, dass bei einer solchen Konsultativabstimmung die normalen Verfahrensvorschriften gelten.

(17) BGE 104 Ia 240. Das Abstimmungsmaterial war den Stimmbürgern zu spät zugestellt worden. Weil die Anordnung als solche nicht gerügt worden war, prüfte das Bundesgericht die Zulässigkeit der Abstimmung nicht.

§ 3 DIE GESETZLICHE GRUNDLAGE

I. DIE GESETZLICHE GRUNDLAGE ALS ZULAESSIGKEITSERFORDERNIS

1. Prinzip und Begründung

Das Bundesgericht hat in den Fällen Wädenswil und Richterswil nicht endgültig entschieden, ob eine Konsultativabstimmung eine gesetzliche Grundlage brauche, jedoch festgestellt, dass ihre faktische Verbindlichkeit und das erhebliche öffentliche Interesse an der Erhaltung einer klaren Abstimmungsordnung für das Erfordernis sprechen. (1) Wir haben es mit der folgenden, ganz ähnlichen Begründung bejaht: Die rechtliche Unverbindlichkeit der Konsultativabstimmung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie in vielen Fällen faktisch verbindlich ist und deshalb ohne gesetzliche Grundlage die Kompetenzen anderer Organe verletzt. Unabhängig von der faktischen Verbindlichkeit darf das Volk als höchstes Staatsorgan nur auf Grund der Verfassung in den Willensbildungsprozess einbezogen werden, umso mehr, als zweifelhaft ist, ob der Einbezug in der Form einer Konsultativabstimmung überhaupt einen guten Grund haben kann. (2) Das Argument, das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ergebe sich aus dem Legalitätsprinzip (3), enthält die gleiche Ueberlegung, wenn auch in blasserer Form.

2. Ausnahme

In Abweichung von seinen allgemeinen Ausführungen entschied das Bundesgericht im Fall Wädenswil, dass im konkreten Fall auf die gesetzliche Grundlage verzichtet werden könne. Zur Begründung führte es an, die Gemeinde habe sich in einer Zwangslage befunden, weil sie von Bundesrechts wegen zum Bau eines neuen Schiessplatzes verpflichtet gewesen sei und bei erneuter Ablehnung durch die Stimmbürger mit Ersatzvornahme hätte rechnen müssen. (4) Die

(1) BGE 104 Ia 234.

(2) Vgl. vorn S. 133 f.

(3) Vgl. z.B. Grosser Rat AG, S. 132, und MUELLER/SALADIN, Problem, S. 437.

(4) In ihrem Gutachten über die Zulässigkeit einer Konsultativabstimmung über eine Expressstrasse in der Stadt Bern untersuchten MUELLER/SALADIN deshalb, ob die Stadt zum Bau der Strasse verpflichtet sei (S. 28). Die Analogie zum Fall Wädenswil ist aber gerade nicht gegeben, weil die Autoren zuvor

Vorabstimmung über den Standort sollte die Chancen für einen autonomen Entscheid der Gemeindebürger erhöhen. Ferner führte es an, die Behörden hätten also im konkreten Fall nicht ihre Verantwortung abgewälzt, die Abstimmung sei nicht geeignet gewesen, die nachfolgende, reguläre Abstimmung in unzulässiger Weise zu beeinflussen, und es habe kein anderes, ebenso taugliches Mittel zur Verfügung gestanden. (5)

Mit diesen Ausführungen stellt das Bundesgericht gleichsam den Katalog der Voraussetzungen auf, die erfüllt sein müssen, damit eine Konsultativabstimmung keine gesetzliche Grundlage braucht. Weil die Gefahr besteht, dass der – an sich überzeugende – Ausnahmeentscheid missverstanden und überstrapaziert wird, soll er hier genauer analysiert werden.

Nach unserer Lesart war die Wädenswiler Abstimmung ein verbindlicher Grundsatzentscheid des Volkes ohne Rechtsgrundlage. (6) Die Frage lautet deshalb: Wann sind von der Verfassung nicht vorgesehene Volksentscheide zulässig? Vom Katalog der Voraussetzungen, die einen Verzicht auf die Rechtsgrundlage rechtfertigen, bleibt das Argument, man habe sich in einer Zwangslage befunden und keinen anderen Ausweg gehabt. (7) Zu den beiden andern vom Bundesgericht erwähnten Punkten müssen wir hingegen einwenden, die Behörden hätten nicht nur ihre Verantwortung für die Standortwahl, sondern den Entscheid überhaupt auf das Volk übertragen, und die Konsultativabstimmung habe die nachfolgende Abstimmung zwar nicht in verfälschender Weise, dafür aber umso mehr beeinflusst, weil sie über die Gestaltung der Abstimmungsvorlage entschieden habe.

Die Zwangslage, in der sich die Behörden von Wädenswil befanden, war folgende: Der Bund verpflichtet die Gemeinde zum Bau eines Werkes, ohne der Exekutive das Recht zum definitiven Beschluss über die Ausgabe einzuräumen. (8) Das kantonale und kommunale Recht verpflichten die Gemeinde wegen der Höhe der Ausgabe, darüber eine Volksabstimmung durchzuführen. Sie sehen aber nur eine Fragestellung vor, bei welcher die Stimmbürger mit einem Ja oder Nein über den Grundsatz der Errichtung des Werks,

festgestellt hatten, dass die Exekutive für den Entscheid allein zuständig sei. Bei dieser Konstellation kann eine Konsultativabstimmung den Bau nur erschweren, während in Wädenswil das Gegenteil der Fall war.

(5) BGE 104 Ia 235.

(6) Vgl. vorn S. 82.

(7) Anders als bei der informatorisch motivierten Abstimmung ist die Meinungsumfrage keine Alternative zum Volksentscheid.

(8) Das wäre prinzipiell möglich, wird bis jetzt aber nicht praktiziert; vgl. ROTH-CUONY, S. 122.

über seine Gestalt und über seine Kosten entscheiden. Der erste Punkt steht aber gar nicht zur Diskussion. Die in einer Volksabstimmung vorausgesetzte Wahlfreiheit kann sich deshalb nur noch auf Einzelfragen wie Standort, Qualität der Ausführung usw. beziehen. Die Behörden haben deshalb mit der besonderen Fragestellung die Gemeindeordnung um eine notwendige Regelung ergänzt, d.h. zulässigerweise eine Lücke gefüllt. (9) Zwar sind wir davon ausgegangen, dass ohne besondere Regelung die Behörden den Entscheid über Vorfragen nicht abtreten dürfen. (10) Im vorliegenden Fall war jedoch die Frage nach dem Standort ein Aspekt der Hauptfrage und nur scheinbar antizipierend. (11)

Das Problem der Fragestellung ist latent bei allen Volksabstimmungen im Zusammenhang mit obligatorischen Gemeindeaufgaben vorhanden, wird aber erst sichtbar, wenn die Stimmbürger ein Projekt hartnäckig ablehnen. Das war bis jetzt offenbar selten der Fall, sei es, weil wir ein wohlhabendes Land sind, sei es, weil die Stimmbürger sich unter dem Eindruck der Unausweichlichkeit meistens zu einem Ja durchringen.

Wir können aus dem Entscheid Wädenswil den Schluss ziehen, dass gesetzlich nicht vorgesehene Volksabstimmungen dann zulässig sind, wenn sie lediglich eine besondere, der Situation angemessene Form für eine vorgeschriebene Volksabstimmung sind, nicht aber, wenn damit den Stimmbürgern ein Entscheid aus dem Zuständigkeitsbereich eines andern Organs eingeräumt werden soll. (12) Die zweite Feststellung ist selbstverständlich und nur nötig, weil man die Bezeichnung "Konsultativabstimmung" auch für Abstimmungen gebraucht, die zu einer Kompetenzverschiebung führen.

Aus dem Fall Wädenswil lassen sich keine Schlüsse für rein informatorische Konsultativabstimmungen oder Volksentscheide über Stellungnahmen zuhanden eines übergeordneten Gemeinwesens ziehen. Man kann sich ähnliche Zwangslagen, die den Verzicht auf eine gesetzliche Grundlage rechtfertigen würden, bei diesen Arten von

(9) Vgl. Max IMBODEN/René A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. neubearbeitete Aufl., Basel u. Stuttgart 1976, Bd. I, S. 144 f.

(10) Vgl. vorn S. 81 f.

(11) Bei dieser Betrachtungsweise wäre es auch zulässig gewesen, nur eine Abstimmung über verschiedene Projektvarianten durchzuführen, ohne jedoch den status quo - d.h. die Lösung "kein Schiessplatz" in die Fragestellung aufzunehmen.

(12) Das politische Bedürfnis nach einer Volksabstimmung bildet also keinen Ausnahmetatbestand im Sinne des Bundesgerichts; vgl. als Beispiel für die grosse Zahl von Konsultativabstimmungen mit diesem Hintergrund den Fall der Abstimmung über die N8 im Kt. Obwalden, vorn S. 44.

Konsultativabstimmungen schlecht vorstellen; die Frage muss jedoch offen bleiben.

3. Anforderungen an Inhalt und Erlassstufe

Für die Frage, welchen Inhalt und welche Erlassstufe eine Rechtsgrundlage für Konsultativabstimmungen haben müsse, kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden. (13)

II. SCHRANKEN DER RECHTLICHEN REGELUNG

Eine Rechtsgrundlage für Konsultativabstimmungen muss sich an das Recht des übergeordneten Gemeinwesens und an die Verfassung halten. (14) Hat sie selbst Verfassungsrang, so stellt sich die Frage der materiellen Schranken der Verfassungsrevision. Wir können hier offen lassen, ob es diese gibt oder nicht. (15) Ihre Funktion wäre jedenfalls, gewisse ethische Minimalstandards zu schützen. Solche werden aber durch Konsultativabstimmungen, auch wenn sie z.T. rechtspolitisch fragwürdig sind, auf keinen Fall verletzt.

§ 4 DER RECHTSSCHUTZ

I. KANTONALE VERFAHREN. SCHUTZ DES GEMEINWESENS

Ich werde mich unter dem Titel "Rechtsschutz" darauf beschränken, die Besonderheiten bei der Anfechtung einer Konsultativabstimmung mit der bundesrechtlichen Stimmrechtsbeschwerde zu behandeln. Neben dem Bund sehen alle Kantone besondere Verfahren zum Schutz der politischen Rechte mit Einschluss des Stimmrechts vor. Ich kann sie im Rahmen dieser Arbeit nicht einzeln darstellen (1);

(13) Vgl. vorn S. 95 f., 134 ff.

(14) Vgl. vorn S. 149.

(15) Vgl. aber AUBERT, *Traité*, Nr. 324 ff.

(1) Vgl. aber PICENONI, S. 177 ff. und AUER, S. 65 ff. Für den Kanton Zürich vgl. METTLER, S. 404 ff.

die Ueberlegungen zum bundesrechtlichen Verfahren lassen sich aber sicher wenigstens teilweise auf sie übertragen, weil die Probleme ja die gleichen sind.

Ebenfalls nicht behandelt werden die Rechtsmittel, mit welchen sich ein Gemeinwesen zur Wehr setzen kann, wenn ihm ein übergeordnetes die Durchführung einer Konsultativabstimmung untersagt, oder aber selbst eine Abstimmung durchführt, die nach Ansicht des kleineren Gemeinwesens seine Kompetenzen verletzt. M.E. bringt hier die Konsultativabstimmung keine Verfahrensprobleme mit sich. (2) Den Gemeinden steht im Bund die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie offen (3), in den Kantonen verschiedene Verfahren (4), den Kantonen die staatsrechtliche Klage betreffend Kompetenzkonflikte. (5)

II. DIE STIMMRECHTSBESCHWERDE AN DAS BUNDESGERICHT (Art. 85 lit. a OG)

1. Verhältnis zur staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Freiheitsrechten und Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung

Das Produkt einer Konsultativabstimmung ist nie ein Erlass, der als Grundlage für Verfügungen dient, die den einzelnen in einer rechtlich geschützten Position verletzen könnten. Die Möglichkeiten, die Konsultativabstimmung anzufechten, sind dadurch stark eingeschränkt, denn die Anfechtung kann sich nur gegen die Tatsache oder die Art und Weise ihrer Durchführung, nicht aber gegen ihr Ergebnis richten. Der Bürger muss also zu seinem Schutz nicht Freiheitsrechte, sondern "politische Garantien" (6) anrufen.

Von diesen kommt in erster Linie der Grundsatz der Gewaltenteilung in Frage, denn die häufigste Rüge wird sein, eine faktisch verbindliche Konsultativabstimmung habe keine oder keine genügende gesetzliche Grundlage, oder, eine solche Abstimmung verstosse überhaupt immer gegen das Gewaltenteilungsprinzip. (7)

Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gewaltenteilung und die Stimmrechtsbeschwerde überlagern sich insofern, als man auch mit der Stimmrechtsbeschwerde geltend machen kann,

(2) Für die materiellen Probleme vgl. vorn S.149 ff.

(3) Vgl. DAHINDEN, S. 172 ff.

(4) A.a.O., S. 168 ff.

(5) Art. 83 lit. a OG; vgl. dazu AUBERT, Traité, Nr. 1620 ff.; HANGARTNER, S. 197 ff.

(6) AUBERT, Traité, Nr. 1646.

(7) Vorn S. 96 f.

eine Vorlage sei zu Unrecht der Abstimmung unterbreitet worden. (8) In diesem Fall ist die Stimmrechtsbeschwerde vorzuziehen, weil der Beschwerdeführer nicht nachweisen muss, dass er in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wurde. Das Bundesgericht hat jedoch nie ausdrücklich erklärt, dass diese Erleichterung auch gelte, wo eine Behörde die Abstimmung verlangt, und gerade das ist bei der Konsultativabstimmung der Fall. (9)

Selbständige Bedeutung hat die Beschwerde wegen Verletzung der Gewaltenteilung in jedem Fall, wenn der Beschwerdeführer kein stimmberechtigter Bürger ist. (10)

2. Beschwerdegrund und Beschwerdeobjekt

Nach Art. 85 lit. a OG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürger und betreffend kantonale Wahlen und Abstimmungen, auf Grund sämtlicher einschlägiger Bestimmungen des kantonalen Verfassungsrechts und des Bundesrechts.

Mit der Stimmrechtsbeschwerde hat der Bund ein Verfahren zum Schutz der direktdemokratischen Institutionen in den Kantonen geschaffen; sie ist eine Form der Garantie der "Ausübung der politischen Rechte nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen" (Art. 6 BV). (11) Nach dem OG bezieht sich der Schutz u.a. auf "kantonale Abstimmungen". Nach der bisherigen Praxis des Bundesgerichts sind das die vom kantonalen und kommunalen Recht vorgesehenen Volksabstimmungen, die zu einem rechtsverbindlichen Entscheid führen. Der Ausdruck "Praxis" ist dabei insofern zu hoch gegriffen, als sich die Frage, welche Erscheinungen noch kantonale Abstimmungen seien, kaum stellte. (12) Für die Konsultativabstimmung stellt sie sich.

Im Gegensatz zu Art. 84 Abs. 1 OG werden in Art. 85 lit. a die Akte, welche mit der Stimmrechtsbeschwerde angefochten werden können, nicht aufgezählt. Objekt der Stimmrechtsbeschwerde kann jeder öffentlichrechtliche kantonale Akt sein, der geeignet ist, die politischen Rechte zu verletzen, also Gesetze und Verfügungen, aber auch rein tatsächliche Handlungen wie die beleuchtenden Berichte der Regierungen. Mit der politischen Stimmberechtigung und den kantonalen Wahlen und Abstimmungen ist deshalb in Art. 85 OG nicht das Anfechtungsobjekt, sondern das den verfassungs-

(8) AUER, S. 98 ff.

(9) Genauerer vgl. hinten S. 163 f.

(10) AUER, S. 99.

(11) MUELLER/SALADIN, Problem, S. 431.

(12) Vgl. z.B. AUER, S. 74.

mässigen Rechten von Art. 84 entsprechende Schutzobjekt umschreiben. (13) Die Frage, ob eine Konsultativabstimmung Gegenstand einer Stimmrechtsbeschwerde sein könne, ist deshalb genau genommen nicht eine Frage des Anfechtungsobjekts, sondern des Beschwerdegundes. (14)

Die Konsultativabstimmung führt nicht zu einem rechtsverbindlichen Entscheid und hat häufig keine gesetzliche Grundlage. Weil sie deshalb nicht "Ausübung politischer Rechte nach demokratischer Form" sei, wollte eine Minderheit der Richter im Fall Wädenswil auf die Beschwerde nicht eintreten, um den bundesrechtlichen Schutz nicht auf Erscheinungen auszudehnen, für die er nicht gedacht ist. (15)

Die Mehrheit entschied anders, mit einer Begründung, die zwei Elemente enthält: Erstens nimmt eine Konsultativabstimmung die spezifische äussere Form des Abstimmungsverfahrens an und ist zur Teilnahme daran die Gesamtheit der Stimmbürger aufgerufen. Zweitens ist sie, wenn auch nicht rechtlich, so doch faktisch verbindlich. Sie ist deshalb so eng mit den gewöhnlichen Volksabstimmungen verwandt, dass der Stimmbürger den gleichen Schutz geniessen muss wie bei jenen. (16)

Damit hat sich das Bundesgericht zu einem Durchgriff auf die tatsächlichen Gegebenheiten entschlossen, ohne es ausdrücklich zu sagen und ohne die Methode im materiellen Teil des Urteils konsequent fortzusetzen. (17) Der Eintretensentscheid ist richtig, weil er verhindert, dass die rein verbale Bezeichnung einer Abstimmung als "konsultativ" genügt, um sämtliche Erfordernisse, die an eine gewöhnliche Volksabstimmung gestellt werden, zu umgehen.

MUELLER/SALADIN sehen einen dritten Grund für das Eintreten des Bundesgerichts in der Tatsache, dass durch die unregelte, unkontrollierte Anordnung konsultativer Abstimmungen die Integrität des kantonalen Abstimmungswesens überhaupt in Frage gestellt wird. (18) Man darf aus dieser Ueberlegung nicht schliessen, jede parademokratische Veranstaltung geniesse den Schutz von Art. 85 lit. a OG, denn die Konsultativabstimmung wird in ihr als Anfechtungsobjekt genannt. Hingegen liegt die Hauptbedeutung des Eintretensentscheids tatsächlich darin, dass ein Stimmbür-

(13) A.a.O., S. 76 f.

(14) A.M. MUELLER/SALADIN, Problem, S. 431. Wenn geltend gemacht wird, durch eine konsultative Abstimmung sei eine spätere, rechtsverbindliche Abstimmung verfälscht worden, ist sie hingegen Anfechtungsobjekt. Zum Beginn der Anfechtungsfrist in diesem Fall vgl. MUELLER/SALADIN, a.a.O., S. 442.

(15) A.a.O.

(16) BGE 104 Ia 228.

(17) Vorn S. 82.

(18) Problem, S. 432.

ger verlangen kann, eine parademokratische Veranstaltung dürfe nicht stattfinden, wenn sie sich einzig in der Bezeichnung von einer rechtlich vorgesehenen unterscheidet. (19)

Der Entscheid des Bundesgerichts deckt nicht alle Formen von Konsultativabstimmungen. Wo die Stimmbürger in rechtsverbindlicher Weise darüber entscheiden, welche Position ihr Gemeinwesen im Entscheidungsprozess eines übergeordneten einnehmen soll, tritt das Bundesgericht selbstverständlich auf eine Beschwerde ein. (20) Andererseits kann man aus dem Entscheid Wädenswil schliessen, dass es nicht eintreten würde, wo eine reine Informationsabstimmung zur Diskussion steht. Auch wenn die Gesamtheit der Stimmbürger sich dabei im normalen Abstimmungsverfahren äussert, sind sie nicht als Souverän angesprochen und ist die Abstimmung faktisch nicht verbindlich. (21)

Weil eine rein informatorische Abstimmung durchaus eine gesetzliche Grundlage haben kann und eine rechtlich unverbindliche, faktisch aber verbindliche bis heute häufig gerade keine hatte, ist es richtig, dass das Bundesgericht die Zulässigkeit der Beschwerde nicht davon abhängig machte, dass ihm eine Abstimmung mit Rechtsgrundlage vorgelegt wurde. (22)

3. Legitimation

Zur Stimmrechtsbeschwerde ist prinzipiell jeder Bürger legitimiert, der für die Wahl oder Abstimmung, die er anfigt, stimmberechtigt war. Weil die Stimmbürger bei der Ausübung ihrer politischen Rechte eine Organfunktion wahrnehmen, ist ein weitergehendes per-

(19) Art. 46 der VO über die politischen Rechte von AR (vgl. vorn S. 8) schliesst den Beschwerdeweg gegen Konsultativabstimmungen aus, bietet aber keine Gewähr dafür, dass nicht auch faktisch verbindliche Konsultativabstimmungen durchgeführt werden. In einem solchen Fall müsste auf eine Beschwerde nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung trotzdem eingetreten werden.

(20) Vgl. BGE 106 Ia 20 ff. betreffend die Fragestellung für die Zürcher Kaiseraugst Abstimmung, wo die hier diskutierte Frage gar nicht aufgeworfen wurde.

(21) Zu den Merkmalen einer Informationsabstimmung vgl. vorn S. 129 f. Mit dieser Interpretation entscheide ich mich für den Sinn der Ausführungen in BGE 104 Ia 228 und gegen den Wortlaut der abschliessenden Zusammenfassung.

(22) Vgl. vorn S. 162 oben.

sönliches Interesse nicht notwendig. (23) Der Verzicht auf das Erfordernis der individuellen Betroffenheit erlaubt dem Bundesgericht, auf Beschwerden einzutreten, mit welchen ein Stimmbürger verlangt, eine Volksinitiative dürfe nicht der Volksabstimmung unterstellt werden.

Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eindeutig und konstant, soweit sie sich auf Volksinitiativen bezieht. (24) In BGE 100 Ia 381 liess das Bundesgericht offen, ob sie auch für von den Behörden ausgearbeitete Vorlagen gelte. Der Entscheid wurde von AUER mit der überzeugenden Begründung kritisiert, die Rechtsnatur der Volksrechte könne sich nicht ändern je nach dem, wer Urheber des Erlasses sei, den man den Stimmbürgern – angeblich zu Unrecht – vorlege. (25)

Mit dem Eintreten auf die Beschwerden hat das Bundesgericht in den Fällen Wädenswil und Richterswil die Frage im Sinne AUERS entschieden, allerdings ohne Begründung. Es stellte nur beiläufig fest, der Beschwerdeführer könne sich im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde auch gegen eine angeblich unzulässige Ausweitung des Stimmrechts wenden. (26) Es ist kein Zufall, dass eine Konsultativabstimmung die Lücke (vielleicht nur vorläufig) geschlossen hat, weil die Behörden diese Bezeichnung wählen, wenn sie an der Zulässigkeit einer Abstimmung zweifeln. Umgekehrt dürften die meisten Fälle von unzulässiger Ausdehnung des Stimmrechts durch die Behörden deshalb unter den Konsultativabstimmungen zu finden sein.

4. Urteil, Beginn der Anfechtungsfrist und aufschiebende Wirkung der Beschwerde

Heisst das Bundesgericht eine auf Art. 84 OG gestützte Beschwerde gut, so hebt es den angefochtenen Erlass auf. Auch die Stimmrechtsbeschwerde führt häufig zur Kassation von formellen Beschlüssen von Behörden, z.B. des Beschlusses des Parlaments über die Abstimmungsvorlage, wenn sie die Einheit der Materie verletzt, oder des Beschlusses der Exekutive über die Anordnung der Abstimmung oder über die Fragestellung. (27) Wenn die Volksabstimmung schon stattgefunden hat, wird auch sie aufgehoben. (28) Bei einer

(23) Vgl. AUER, S. 80.

(24) Vgl. vor allem BGE 99 Ia 728 ff. sowie AUER, S. 24 ff., und BGE 105 Ia 12.

(25) S. 26.

(26) BGE 104 Ia 230.

(27) Vgl. z.B. BGE 90 I 76 oder 106 Ia 27.

(28) Das ist überhaupt die einzige Lösung, wo ein Abstimmungsergebnis durch private Beeinflussung verfälscht wurde; vgl. AUER, S. 64.

gewöhnlichen Volksabstimmung bedeutet das, dass der Erlass, über den abgestimmt wurde, nicht rechtswirksam werden kann, weil eine notwendige Verfahrensstufe fehlt.

Beschlüsse von Behörden können auch kassiert werden, wenn sie eine Konsultativabstimmung betreffen. Die Kassation der Abstimmung selbst ist hingegen sinnlos. Der Beschluss, über den abgestimmt wurde, wird formell ohnehin von einem andern Organ gefällt werden, und die Konsultativabstimmung entfaltet die angestrebten politischen und psychologischen Wirkungen unabhängig von der Kassation. (29) Das Urteil sollte deshalb in der Feststellung bestehen, die Abstimmung hätte nicht stattfinden dürfen oder ihr Resultat gebe nicht den wahren Willen der Stimmbürger wieder. Einzig bei föderalistisch motivierten Abstimmungen kann der Entscheid der Stimmbürger über die Stellungnahme ihres Gemeinwesens aufgehoben werden.

Wegen ihrer unmittelbaren Wirksamkeit liegt bei einer Konsultativabstimmung die Anfechtung schon von Vorbereitungshandlungen, wie sie vom Bundesgericht für gewöhnliche Volksabstimmungen gefordert wird, nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch des Beschwerdeführers. (30)

Aus dem gleichen Grund kann eine Beschwerde ihr Ziel nur erreichen, wenn ihr aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. Das urteilende Gericht muss deshalb in diesem Punkt grosszügig sein. (31).

(29) Aehnlich MUELLER/SALADIN, Problem, S. 442.

(30) Mit dem Erfordernis soll die unnötige Wiederholung von Abstimmungen nach Möglichkeit vermieden werden; vgl. AUER, S. 83 ff.

(31) Im Fall Wädenswil wurde die aufschiebende Wirkung verweigert. Im Zeitpunkt der Urteilsfällung war deshalb das praktische Interesse an der Kassation dahingefallen, weil die Stimmbürger unterdessen in einer zweiten Abstimmung endgültig einem Schiessplatzprojekt zugestimmt hatten (BGE 104 Ia 230). Darauf mussten sich die Beschwerdeführer dagegen zur Wehr setzen, dass die Beschwerde nicht als gegenstandslos abgeschrieben wurde.

VIERTER TEIL

RECHTSPOLITISCHER AUSBLICK

§ 1 AUSGANGSLAGE

An die Konsultativabstimmung als Instrument der direkten Demokratie werden z.T. grosse Erwartungen geknüpft. (1) Sie sind selten ausgesprochen, schimmern aber im praktischen Gebrauch und der theoretischen Behandlung durch. Sie enthalten etwa die folgenden drei Elemente:

Erstens hat der Staat, welcher seine Bürger über die Wahlen hinaus in die Willensbildung einbeziehen will, immer zwischen dem Volksentscheid und den Mitwirkungsrechten zu wählen. Der erste ist undifferenziert, unbequem bis destruktiv, kommt aber in seinen Wirkungen dem Selbstbestimmungspostulat recht nahe. Die zweiten sind differenziert, konstruktiv, unter Umständen aber wirkungslos. (2) Mit der Konsultativabstimmung wird offensichtlich die Hoffnung verbunden, der Gegensatz lasse sich überwinden und man könne die Vorteile beider Formen kombinieren. Sie soll die demokratisch-legitimierende Wirkung eines Volksentscheides haben, wird aber gleichzeitig als Mitsprache verstanden, die im Volk das politische Engagement weckt, ohne den Spielraum der Behörden einzuschränken. (3)

Zweitens verbindet sich mit der antizipierenden Konsultativabstimmung und mit jener über Materien im Zuständigkeitsbereich einer übergeordneten Gebietskörperschaft die Vorstellung, sie durchbreche das Konkordanzsystem und setze an Stelle von Verbänden und Interessenorganisationen wieder das Volk als Stimme der

(1) Während die Behandlung der rechtlichen Aspekte in der Arbeit von RIESEN nicht überzeugt, weshalb sie bis jetzt unberücksichtigt blieb, kommen diese Erwartungen darin sehr deutlich zum Ausdruck.

(2) Vorn S. 118 ff.

(3) Vgl. neben den im ersten Teil gesammelten Fällen z.B. den Aufsatz von DERENDINGER oder MUELLER/SALADIN, die mit dem Ausdruck "Staatsform des Engagements" (Problem, S. 405) eine Brücke zwischen den Beteiligungsformen schlagen möchten. Vgl. auch das bei SCHAFFHAUSER (S. 209) zitierte Leitbild der Prospektivkommission für die Totalrevision der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft, wo die Konsultativabstimmung dem permanenten Dialog zwischen Volk und Behörden dienen soll.

Oeffentlichkeit ein. (4) Diese Wirkung kann sie tatsächlich haben, weil und solange sie kein etabliertes Instrument der politischen Teilnahme ist. Die spontane Anordnung kann die organisierten Interessen überraschen, und die rechtliche Unverbindlichkeit verschleiert die tatsächliche Bedeutung der Abstimmung und weckt so weniger Aufmerksamkeit von jener Seite. Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn auch paradox, dass die rechtlich unverbindliche Veranstaltung den Ruf bekommt, demokratischer zu sein als das gewöhnliche Referendum. (5)

Drittens erweckt die Konsultativabstimmung die Hoffnung, die Schranken, in welche die Rechtsordnung die direkte Demokratie weist, liessen sich sprengen, und dies ohne Gefahr. Sie geniesst den Ruf eines Instruments, das sich formlos und spontan einsetzen lässt. (6)

Wir sind im Verlauf dieser Arbeit zum Ergebnis gekommen, dass die genannten Vorzüge entweder gar nicht bestehen, oder dass der Preis dafür zu hoch ist. Die politische Teilnahme muss auch weiterhin entweder die Form von Mitwirkungsrechten oder die Form von Volksentscheiden annehmen, weil die Kombination statt der Vorteile die Nachteile beider Formen verbindet. (7) Der Uebertragungseffekt gegenüber den organisierten Interessen ist vorübergehend; langfristig wird auch eine Vorlage, über die man nur konsultativ abstimmt, auf dem Konsens der intermediären Gewalten beruhen, sobald die Abstimmung ein gewisses politisches Gewicht hat. Die spontane Anordnung von Volksentscheiden über Fragen, für die das Volk nicht zuständig ist, verwischt die Kompetenzordnung und schadet langfristig auch den Volksrechten selbst. (8)

Die Konflikte, welche Konsultativabstimmungen hervorgebracht haben, sind damit nicht aus der Welt geschafft. Diese Arbeit hat auch gezeigt, dass man sie trotzdem ernst nehmen muss. Sie wäre unvollständig, wenn wir nicht zum Schluss einen Blick auf andere Möglichkeiten, diese Konflikte zu lösen, werfen würden.

Allerdings ist die Konsultativabstimmung einer der Schnittpunkte, in denen sich die grossen Probleme eines modernen Staates mit direktdemokratischen Einrichtungen kreuzen. Wir sind ihnen im Verlauf dieser Arbeit begegnet: In welcher Form sind die Stimmbürger an der Ausarbeitung einer Referendumsvorlage zu beteiligen, damit das Referendum selbst zu einem echten Akt der Selbstbestimmung wird und nicht ins Akklamatorische abgeleitet? Wie sind

(4) Vgl. z.B. DERENDINGER, S. 397 u. 398, und MUELLER/SALADIN, Problem, S. 444.

(5) Vgl. z.B. RIESEN, S. 34 ff.

(6) A.a.O., S. 47 ff.

(7) Etwas positiver fiel einzig die Bewertung der föderalistisch motivierten Abstimmungen aus; vgl. vorn S. 132 f.

(8) Vorn S. 142 f.

die Kompetenzen von Exekutive, Parlament und Stimmbürger voneinander abzugrenzen, damit dem Bedürfnis nach demokratischer Selbstbestimmung und Legitimation einerseits, nach Effizienz, Tempo, Sachlichkeit und Differenziertheit andererseits Rechnung getragen wird; wie Z.B. lassen sich Demokratie und Planung verbinden? Wie kann man die Akte, die der Volksabstimmung unterstellt sein sollen, allgemeingültig umschreiben? Wie lassen sich die Interessen eines kleineren Gemeinwesens, das sich gegen die Immissionen eines technischen Werkes zur Wehr setzt, mit den Interessen der Allgemeinheit an diesem Werk vereinbaren? Diese Fragen sind mit der rasanten wirtschaftlich-technischen Entwicklung gravierender geworden oder erst entstanden. Ist die programmierte Zerstörung unserer Lebensgrundlagen ein Indiz dafür, dass die Demokratie bis jetzt nicht funktioniert hat, oder dafür, dass sie verheerend ist, oder beweist diese Entwicklung, dass die staatliche Willensbildung überhaupt ein Nebenschauplatz ist, den man vernachlässigen kann?

Die Aufgaben, die sich abzeichnen, sind gewaltig. Sie lassen sich, wenn überhaupt, nur mit tiefgreifenden Reformen und sicher nicht in einer Dissertation lösen. Ich will mich also darauf beschränken, einige der Instrumente, welche eine Alternative zur Konsultativabstimmung sein könnten, zu behandeln. Damit bleiben wir ganz im Rahmen einer institutionellen und punktuellen Reform. (9)

§ 2 ALTERNATIVEN

I. UEBERBLICK

Zur Konsultativabstimmung als Informationsinstrument gibt es zwei Alternativen. Wo die Behörden Aufschluss über die Meinung aller Stimmbürger oder der gesamten Bevölkerung brauchen, ist die Meinungsumfrage mittels Fragebogen, eventuell beschränkt auf einen repräsentativen Querschnitt der Bevölkerung, das richtige Instrument. Ist hingegen die Meinung einer kleineren, besonders betroffenen oder besonders informierten Gruppe interessant, sind Verfah-

(9) Vgl. dazu (jedoch nicht im Sinne einer Rechtfertigung) die Feststellung von EICHENBERGER (Entwicklungstendenzen, S. 93), dass nur die Arbeit in den "Niederungen der praktischen Staatsgestaltung" sinnvoll ist, solange es keinen Konsens über die Richtung der Demokratisierung gibt, und dass auch Einzelreformen immer von grundsätzlichen Strömungen mitgeprägt sind.

ren wie Vernehmlassungen, offene Planung, Einspracheverfahren oder Hearings am Platz. (1)

Die politische Hauptfunktion der Konsultativabstimmung ist aber die Erweiterung der politischen Teilnahme im Dienste von Selbstbestimmung und Legitimation. Auch hier kann man sie durch die eine oder andere Form der Mitwirkung ersetzen, muss sich aber im klaren sein, dass nur der Volksentscheid eine echte Alternative ist, weil Mitwirkung immer unverbindlich bleibt. (2) An Stelle der antizipierenden Konsultativabstimmung kommt deshalb vor allem die Grundsatzabstimmung in Frage, an Stelle der Abstimmungen im Zuständigkeitsbereich von Exekutive und Parlament ein erweitertes Verwaltungsreferendum, schliesslich – als übergreifendes Instrument – das Behördenreferendum.

Wo eine Konsultativabstimmung föderalistisch motiviert und ein Druckmittel gegenüber einem grösseren, entscheidungsberechtigten Gemeinwesen ist, ist die Suche nach Alternativen weniger dringlich, weil man sie als Instrument der politischen Teilnahme akzeptieren kann. (3) Unter dem Aspekt des Interessengegensatzes zwischen den beteiligten Gemeinwesen bleibt sie aber ein "faute de mieux". Wir wollen deshalb auch die extremere Lösung des Vetos behandeln.

II. EINZELNE INSTRUMENTE

1. Grundsatzabstimmung

Mit der Grundsatzabstimmung wird die demokratische Freiheit erweitert und die Chance, dass eine Vorlage die Schlussabstimmung übersteht, verbessert. (4) Die praktischen Fälle zu den antizipierenden Konsultativabstimmungen zeigen, dass das Bedürfnis nach ihr im Bereich des Finanzreferendums ebenso gross ist wie im Bereich des Gesetzesreferendums. Die Fragestellung sollte der konkreten Situation angepasst werden können. Je nach dem steht nämlich eine eigentliche Grundsatzfrage zur Diskussion (z.B.: Soll eine Verfassung totalrevidiert werden? Soll die Landsgemeinde abge-

(1) Vgl. vorn S. 108, 110 u. 118 f.

(2) Vorn S. 120 f. Gerade wegen ihrer Verbindlichkeit wird die "Mitentscheidung ... in der allgemeinen Partizipationsdiskussion aber nur ausnahmsweise empfohlen" (zit. nach SCHAFFHAUSER, S. 157). Auf die Schweiz lässt sich diese Empfehlung nicht übertragen. Ausserdem überschätzt sie m.E. die Mitwirkungsrechte als Instrumente der Selbstbestimmung.

(3) Vorn S. 132.

(4) Vorn S. 15 f. u. 128 sowie BRINER, S. 91 f.

schaftt werden?) oder die Grundzüge einer Vorlage (z.B.: Soll ein Gemeindezentrum ambitionösen oder bescheidenen Anforderungen genügen? Ist eine Ortschaft nördlich oder südlich zu umfahren) oder Detailfragen, welche die übrige Vorlage inhaltlich nicht bestimmen, aber besonders umstritten sind (z.B. Standortfragen oder die Senkung des Stimmrechtsalters im Rahmen der Neuordnung der politischen Rechte). (5) Ausserdem sollte das Parlament die Möglichkeit haben, nur zwei Neuerungen zur Abstimmung zu bringen (6), oder den status quo und eine Neuerung, oder drei Varianten. (7) Eine Rechtsgrundlage mit der hier geforderten Offenheit ist z.B. Art. 32 der neuen GO von Thun. (8) Zu erwägen ist, ob die Grundsatzabstimmung nur für Materien vorgesehen werden sollte, die obligatorisch der Volksabstimmung unterstehen, weil das fakultative Referendum ohnehin nur Vetofunktion hat. (9) Allerdings kann eine Grundsatzabstimmung gerade verhindern, dass das Referendum ergriffen wird, und dazu führen, dass nur über die entscheidende, nämlich die umstrittene Frage abgestimmt wird.

Aus der Tatsache, dass die Stimmbürger einen verbindlichen Vorentscheid zueinem noch nicht fertig ausgearbeiteten Projekt fällen, resultieren verschiedene Nachteile: Die Grundsatzabstimmung garantiert die Annahme in der Schlussabstimmung nicht, weil dort neue Aspekte zur Ablehnung führen können und das zweite Mal nicht unbedingt die gleichen Bürger stimmen. Die Behörden werden

-
- (5) Besser eingefangen sind alle diese Aspekte im französischen Ausdruck "referendum préalable"; vgl. AUBERT, Referendum, S. 489. Die Bezeichnungen "Vorabstimmung" oder "Vorentscheid" (vgl. z.B. Art. 32 GO Thun) würde auch für die deutsche Sprache den Unterschied zum Grundsatzentscheid ohne nachfolgende zweite Abstimmung klären.
 - (6) Das entspricht durchaus der Idee einer Grundsatzabstimmung und ist unbedenklich, weil der status quo in der Schlussabstimmung noch zur Diskussion steht.
 - (7) Im letzten Fall stellt sich das Problem der Willensbildung gleich wie für Abstimmungen über Initiativen mit Gegenvorschlag, und die im entsprechenden Gemeinwesen dafür geltende Regelung kann übernommen werden. Zur Problematik vgl. Walter Adolf JOEHR, Das Abstimmungsproblem bei Initiativen, St. Gallen 1975, und die Botschaft des BR an die Bundesversammlung zu einem BG über die politischen Rechte, BBl 1975 I 1352 ff.
 - (8) "Bei Vorlagen, die der Gemeindeabstimmung oder dem fakultativen Referendum unterliegen, kann der Stadtrat vor der Verabschiedung einzelne Teil-, Vor- oder Grundsatzfragen allenfalls mit Varianten den Stimmberechtigten zum verbindlichen Vorentscheid unterbreiten."
 - (9) So BRINER, S. 162.

auf Optionen verpflichtet, die sich später, anlässlich der Detailberatung, als falsch herausstellen können. (10) Nicht überzeugend ist hingegen der Einwand, es sei allein Sache der Behörden, in eigener Verantwortung die gerechte und richtige Lösung vorzuschlagen. (11) Die Idee der Grundsatzabstimmung beruht je gerade auf der Einsicht, dass schon bei der Ausarbeitung von Projekten politische Entscheide fallen, die später von den Stimmbürgern nicht mehr überprüft werden, weil sie als zwingend erscheinen. Richtig ist aber, dass das Erkennen und Herauslösen dieser Fragen schwierig ist.

Diese Schwierigkeiten sprechen nicht gegen die Einführung einer Rechtsgrundlage für Grundsatzabstimmungen. Wo es um Vorabstimmungen zu einzelnen, konkreten Vorlagen geht, muss der Entscheid, ob und worüber eine Abstimmung stattfinden solle, ohnehin dem Parlament überlassen sein. (12) Es kann also die Vor- und Nachteile anhand eines konkreten Falls gegeneinander abwägen. Weil die Grundsatzabstimmung ein Spezialfall des Behördenreferendums ist, muss hingegen die Problematik dieser Form der Kompetenzzuweisung an das Volk berücksichtigt werden. (13)

Das Parlament kann den Stimmbürgern höchstens soviel Entscheidungsmacht weitergeben, als es selber hat; die Stimmbürger werden ja auch bei der Grundsatzabstimmung nicht schon in die verwaltungsinterne Vorbereitungsphase eingeschaltet. (14) Die Wirksamkeit der Grundsatzabstimmung steht und fällt deshalb mit der Stärkung der Unabhängigkeit des Parlaments gegenüber der Exekutive. (15)

(10) Vgl. MUELLER/SALADIN, Problem, S. 419; SCHORER, S. 18; RR ZH, Staatsverfassung, S. 1866 f.; AUBERT, Referendum, S. 489.

(11) TANNER, S. 2.

(12) In Gemeinden ohne Parlament der Exekutive. Das unmittelbar auf die Verfassung gestützte Planungsreferendum (vgl. hinten S. 172 ff.) bezieht sich hingegen auf eine Vorstufe zu Entscheiden, in der weniger einzelne Werke oder Gesetze als ihre gegenseitige Verknüpfung zur Sprache kommen. Die beiden Instrumente überschneiden sich jedoch.

(13) Vgl. hinten S. 176 f.

(14) Zu den Gründen vgl. vorn S. 26 f.

(15) Der RR ZH (Staatsverfassung, S. 1866) lehnt die Grundsatzabstimmung u.a. deshalb ab, weil sie nur unter Umgehung des Parlaments überhaupt sinnvoll wäre! Etwas weniger skeptisch ist BRINER, S. 158 ff.

2. Planungs- und Verwaltungsreferendum

Bei der Behandlung der Ursachen hinter den Konsultativabstimmungen über Materien im Zuständigkeitsbereich der Exekutive haben wir uns schon eingehend mit den Hindernissen befasst, welche auf dem Weg zur Neugestaltung der Volksrechte überwunden werden müssen. Daraus ergeben sich zwei Bedingungen für eine Reform: Erstens setzt sie voraus, dass die Kompetenzen des Parlaments gestärkt werden. (16) Zweitens ist im jetzigen Zeitpunkt eine radikale Neuumschreibung der referendumpflichtigen Erlasse utopisch und kommt nur die Ergänzung des Gesetzes- und Finanzreferendums durch einzelne weitere Volksentscheide in Frage. (17) Diese Lösung hat den grossen Nachteil, dass nicht gleichzeitig unwichtige Akte automatisch vom Referendum ausgenommen werden.

Die Vorschläge der Lehre und z.T. schon des geltenden Rechts bezwecken einerseits eine bessere politische Kontrolle der staatlichen Tätigkeit, anderseits der Tätigkeit Privater, soweit sie für die Allgemeinheit bedeutsam ist. Die beiden Bereiche überschneiden sich.

Im Vordergrund stehen die Bemühungen, die Stimmbürger nicht nur als Mitwirkende, sondern auch als Entscheidende in die staatliche Planung einzubeziehen. So räumt § 79 Abs. 1 der neuen Aargauer Verfassung dem Parlament den Entscheid über die grundlegenden Pläne der staatlichen Tätigkeit, insbesondere über die Richtlinien der Staatspolitik mit dem Finanzplan und die Gesamtpläne zur Raumordnung ein. Nach § 63 Abs. 1 lit. a unterstehen diese Pläne dem fakultativen Referendum. (18) Die Definition des Plans ist bei dieser Regelung sehr offen. Je nach der Konkretheit eines Plans nähert sich der Vorschlag jenem von Jagmetti, wonach abschliessende Programme zu Werken mit besonders starken Auswirkungen dem Referendum unterstellt werden sollten. (19)

Die Problematik dieser Art von Referenden ist bekannt. Wird der Volksentscheid in der Anfangsphase eingeschaltet, wo Ziele und Mittel erst grob skizziert sind, ist die Planung häufig politisch gar nicht umstritten, weil die heiklen Entscheide noch nicht gefällt oder ihre Konsequenzen noch verschleiert sind. (20) Die

(16) Vorn S. 23 ff.

(17) Nicht nur, weil sie sich kaum umschreiben lassen, sondern auch, weil der Bruch mit der übrigen Rechtsordnung zu gross wäre; vgl. vorn S. 26 ff., insbes. Anm. 94.

(18) Allerdings nur die vom Gesetz bezeichneten, vgl. dazu hinten S. 175.

(19) Sog. Objektreferendum: JAGMETTI, S. 229.

(20) Das trifft z.B. für viele Volksabstimmungen über neue Bundeskompetenzen zu, die ja auch ein Bekenntnis zu einer neuen Staatsaufgabe sind. Für die Raumplanung vgl. auch HALLER, Raumplanung, S. 175.

Stimmbürger werden dann die konkretisierenden Erlasse nicht als ihre eigenen betrachten. Findet die Volksabstimmung in einer späteren, konkreten Phase statt, ist die Freiheit der Stimmbürger durch die Vorarbeit bereits wieder beschränkt. Ausserdem führt die Volksabstimmung z.B. im Fall von Bauprogrammen zu einem verbindlichen Entscheid, der die Arbeit in diesem Bereich auf Jahre hinaus festlegt und deshalb der Idee einer dynamischen Planung zuwiderläuft. (21) Diese Schwierigkeiten wiegen aber den Vorteil nicht auf, dass mit dem Planungsreferendum die politischen Grundentscheide wieder klarer also solche erkannt und im entsprechenden Verfahren gefällt werden.

Das Planungsreferendum bedeutet eine Verbesserung der politischen Kontrolle, besonders wenn es Entscheide beinhaltet, die als einzelne der Volksabstimmung entzogen sind. (22) Wo nach der geltenden Ordnung schon der Einzelentscheid wie z.B. der Entscheid über den Bau eines Werkes durch das Gemeinwesen dem Referendum untersteht, stellt sich die Frage, ob diese zweite Abstimmung entfallen solle oder ob das Planungsreferendum als Grundsatzabstimmung in einem zweistufigen Verfahren auszugestalten sei. M.E. sollte man auf die zweite Abstimmung nur verzichten, wenn das Werk in der Planungsvorlage schon so präzise beschrieben ist, dass seine Verwirklichung als gebundene Ausgabe erscheint. (23) Bei der Beurteilung einzelner Werke können die Stimmbürger ihre unmittelbaren Auswirkungen auf ihr alltägliches Leben besser abschätzen und einen Massstab anlegen, den man heute sehr ernst nehmen muss. Ein kleines, fehlendes Verbindungsstück im Autobahnnetz wirkt auf dem Plan ärgerlich und lächerlich. Das gleiche Stück in der Landschaft offenbart sich als gigantische Zumutung. Die Volksabstimmung ganz am Schluss des Planungsprozesses, dort, wo er in sichtbare Veränderungen der Umwelt umschlägt, bevorzugt die zweite, in den letzten Jahrzehnten sträflich vernachlässigte Sehweise. (24) Dieser Vorteil spricht dafür, dass bei der Reform der Volksrechte dem Ausbau des Verwaltungsreferendums mindestens soviel Aufmerksamkeit geschenkt werden muss, wie dem Planungsreferendum und dass das erste wichtiger ist, wo die Zahl der möglichen Volksentscheide eine Grenze setzt. (25) Diese Forderung ist planungsfeindlich, weil

(21) Vgl. z.B. Sachkommission 4 AG, S. 24.

(22) Z.B. Entscheide über Werke, die, wie Einkaufszentren oder Atomkraftwerke, von Privaten errichtet werden, oder Entscheide über Werke des Bundes.

(23) Dieser Anforderung wird § 63 Abs. 2 KV AG(neu) nicht gerecht: KOELZ, Reform, S. 40.

(24) Das Beispiel der Nationalstrasse stellt die Querverbindung zwischen Planung und Zentralismus her; vgl. deshalb zur besseren Berücksichtigung dieser Sehweise auch hinten S. 178.

(25) Der ganze Gedankengang macht sichtbar, dass die Planung aus einzelnen Bündeln von immer konkreter werdenden Ent-

einzelne Teile aus der Planung herausgebrochen werden, aber human, weil sie die Realität menschlichen Erlebens berücksichtigt. (26)

Dem Ausbau des Verwaltungsreferendums dient zum einen die Stärkung des Finanzreferendums. Während seine Einführung im Bund gegenwärtig wohl keine Chancen hat (27), lassen sich in den kantonalen und kommunalen Rechtsordnungen noch Lücken schliessen. (28)

Die Volksabstimmung über Verwaltungsakte, die nicht Staatsausgaben sind, ist heikel, wo sie über die rechtliche Beziehung einzelner Privater zum Staat entscheidet, weil sie leicht zu einer rechtungleichen Behandlung führt. Aus diesem Grund schlägt JAGMETTI vor, dass nicht einzelne, von Privaten zu errichtende Werke, sondern nur ganze Programme von solchen dem Referendum zu unterstellen seien. (29) Nach dem Vorschlag von KOELZ soll hingegen die Frage, ob für ein bestimmtes Werk eine Konzession oder eine Ausnahmewilligung zu erteilen sei, in folgensweren Fällen geht die Bewilligung oder Konzession an einen bestimmten Privaten weiterhin von der Verwaltung aus, so dass das Verfahren zweistufig bleibt und eine gewisse Gleichbehandlung garantiert. (31)

scheiden besteht. Das erste liesse sich noch als Massnahmen-gesetz bezeichnen (vgl. dazu Georg MUELLER, S. 96 ff.), das letzte als Verwaltungsakt. Die Uebergänge sind fliegend, und die Terminologie in der Lehre ist nicht gefestigt.

(26) Vgl. dazu auch EICHENBERGER (Zusammenspiel, S. 101): "Es ist gar nicht so sehr das 'Grundlegende', 'Prinzipielle', 'Grossdimensionierte', die heutzutage für Volksrechte attraktiv wirken, vielmehr das Hautnahe, unmittelbar Sichtbare, gerade Gegenwärtige und Vollzugsbereite." Man kann in dieser Entwicklung mit EICHENBERGER eine Abnahme des Verständnisses für das Allgemeine sehen oder eine (unfreiwillige) Zunahme des Verständnisses dafür, dass das Allgemeine sich im Besonderen bewähren muss.

(27) Vgl. HEROLD, S. 83 ff.

(28) Vgl. z.B. die kantonalen Volksinitiativen "Demokratie im Strassenbau" für den Kt. Zürich vgl. ABl 1977, S. 113, für den Kt. Luzern NZZ vom 13. Mai 1981 Nr. 109, S. 32.

(29) S. 229.

(30) Ausbau, S. 60 ff., insbes. S. 63; DERS., Reform, S. 47 ff.

(31) Vgl. KOELZ, Ausbau, S. 63, und JAGMETTI, S. 230 f. Würde man z.B. den Entscheid der Bundesversammlung, die bundesrätliche Rahmenbewilligung für ein Atomkraftwerk zu genehmigen (Art. 1 Abs. 1 BB zum AtG), der Volksabstimmung unterstellen (so die parlamentarischen Initiativen Jaeger vom 5. Juni 1979 und Gerwig vom 7. Juni 1979, Amtl.Bull.NR 1980,

Dass für die politische Kontrolle von Grossverwaltungsakten so komplizierte Rechtsformen nötig sind, weil die Rechte von Privaten auf dem Spiel stehen, zeigt einmal mehr, in welchem Mass der heutige Staat die Grundentscheide aus der Hand gegeben hat. (32) Oft sind diese Privaten aber staatliche und halbstaatliche Unternehmen, die man der unmittelbaren politischen Kontrolle entzieht und in privatrechtliche Formen kleidet, damit sie ihre Aufgabe effizienter erfüllen können. Diese Aufgabe ist ihnen von der Verfassung, d.h. von den politischen Organen aufgetragen. In diesem Fall ist eher die Kritik am Platz, die Privatisierung verschleierte den Zielkonflikt zwischen den verschiedenen Staatszielen und spreche den Stimmbürgern die Verantwortung ab, selber für die Kosten ihrer Verwirklichung einzustehen. (33) Hier drängt sich für eine Verbesserung der politischen Kontrolle die Rückführung der Entscheidung in den staatlichen Willensbildungsprozess auf. (34)

Wenn man sich einmal darüber einig geworden ist, in welchen Bereichen der Ausbau des Referendums sinnvoll wäre, wirft die Umschreibung in der Verfassung immer noch grosse Schwierigkeiten auf. Sie ist aber nötig, weil das Planungs- oder Verwaltungsreferendum zu einer vom Parlament unabhängigen, unbedingten Kompetenzzuweisung an das Volk führen soll. (35) Weil sich kaum vorsehen lässt, welche Bereiche der Planung und welche Arten von Konzessionen künftig aktuell werden und weil die entsprechenden Normen in ihrer Konkretheit in der Verfassung stören würden, soll die genaue Umschreibung nach den meisten Vorschlägen dem Gesetzgeber überlassen bleiben. (36) Daraus resultiert eine offene Verfassung, die keinen genauen Aufschluss über den Umfang der Volksrechte gibt. Umgekehrt hat die weitmaschige, aber endgültige Umschreibung in der Verfassung den Nachteil, dass der Entscheid, ob eine Volksabstimmung stattzufinden habe oder nicht, letztlich doch von den Behörden gefällt wird. (37)

S. 184), so würde das Volk gleichzeitig über die grundlegende Norm (das AtG) und die Anwendung im Einzelfall befinden.

(32) Vgl. dazu SCHEFOLD, zit. vorn S. 69 ff.

(33) Vgl. auch LINDER/HOTZ/WERDER, S. 107 f. und 231 f.

(34) Ebenso SALADIN, S. 304.

(35) Vgl. aber vorn S. 171 Anm. 12.

(36) Vgl. für die Planung § 63 Abs. 1 lit. a KV AG(neu), für die Konzessionen KOELZ, Reform, S. 49.

(37) Vgl. z.B. den Vorschlag der Sachkommission 4 AG, S. 23, oder den Vorschlag von KOELZ (Reform, S. 46), "staatsleitende Kantonsratsbeschlüsse" dem Referendum zu unterstellen.

3. Behördenreferendum

Das Behördenreferendum ist in der Schweiz unbeliebt. Obwohl es eine Fülle von Rechtsnormen gibt, entschliesst sich nie ein Parlament dazu, von ihm Gebrauch zu machen. (38) Und obwohl deshalb die praktischen Erfahrungen fehlen, lehnen es viele Autoren ab.

Richtig an diesem Misstrauen ist, dass nur die unbedingte Kompetenzzuweisung aus dem Referendum ein Volksrecht macht. Sie sichert die direkte Demokratie in einem bestimmten Umfang und garantiert, dass eine Volksabstimmung auch stattfinden muss, wenn sie ungelegen kommt. Umgekehrt schliesst sie das Volk ebenso eindeutig von bestimmten Entscheiden aus, was für eine rationale und gerechte Entscheidungsfindung notwendig sein kann. Die unbedingte Kompetenzzuweisung reduziert die Gefahr eines plebiszitären Missbrauchs der Volksabstimmung drastisch.

Aus dieser Einsicht ziehen viele Autoren den Schluss, die von den Behörden angeordnete Abstimmung sei immer plebiszitär. (39) Nach unserer Definition ist eine Abstimmung plebiszitär, wenn mit der Verantwortung, die auf die Stimmbürger abgeschoben wird, nicht auch die Entscheidungsmacht auf sie übergeht. (40) Im andern Fall haben wir einfach eine Kompetenzverschiebung vor uns, die beim Behördenreferendum – im Gegensatz zur Konsultativabstimmung – zulässig ist. Nun hat sich aber bei der Untersuchung der Konsultativabstimmungen erwiesen, dass unter dem Einfluss des ordentlichen Referendums auch die von den Behörden angeordneten Abstimmungen zu einer umfassenden Kompetenzverlagerung auf das Volk führen. Die Angst vor dem plebiszitären Missbrauch des Behördenreferendums ist deshalb unbegründet, solange es die Ausnahme ist. (41) Ueberdies kann man der Gefahr begegnen, indem man ein fakultatives ausserordentliches Referendum vorsieht. (42)

Andererseits dürfte die Ausstrahlung des ordentlichen Referendums gerade ein Grund dafür sein, dass vom Behördenreferendum so wenig Gebrauch gemacht wird. Beim ordentlichen Referendum ist die Volksabstimmung entweder obligatorisch vorgeschrieben oder sie wird von einer Anzahl von Stimmbürgern verlangt und ist dann der Ausdruck eines Misstrauens im Volk gegenüber dem Parlament. Weil das Parlament sich selbst naturgemäss nicht miss-

(38) Vgl. dazu sowie zu den verschiedenen Arten und den Rechtsgrundlagen vorn S. 104 f.

(39) Vgl. AUBERT, Traité, Nr. 1115; KOELZ, Ausbau, S. 64; HERNEKAMP, S. 22. Der Ausdruck "quasi-plebiszitär" (vgl. HERNEKAMP, a.a.O.) markiert aufs schönste den Unglauben der Schweizer, im eigenen Land eine so gefährliche Institution vorzufinden.

(40) Vgl. vorn S. 139.

(41) Vgl. vorn S. 140 ff. u. 143.

(42) KOELZ, Ausbau, S. 64.

traut, setzt eine Belebung des Behördenreferendums voraus, dass das Parlament im Referendum vermehrt auch ein Instrument der Verbindung zwischen ihm und den Stimmbürgern sieht. (43)

Nach den bisherigen Erfahrungen besteht keine Gefahr, dass das Behördenreferendum für Akte eingesetzt wird, die wie z.B. Urteile für die Volksabstimmung eindeutig ungeeignet sind. Eine erste und wirksame Barriere bildet die Beschränkung auf Beschlüsse des Parlaments. Zusätzlich kann die Verfassung weitere Eingrenzungen vornehmen, z.B. auf Grundsatzabstimmungen oder auf Staatsverträge. (44) Innerhalb dieses Rahmens muss dem Parlament die Unterstellung eines Beschlusses unter die Volksabstimmung ganz freistehen. Eine nähere Umschreibung wie z.B. "Beschlüsse von grosser Tragweite" führt zur Unklarheit, ob das Parlament zunächst über das Vorliegen dieses Kriteriums entscheiden müsse und verwischt die Grenzen zum ordentlichen Referendum. (45)

Diese Ueberlegungen zeigen, dass das Behördenreferendum eine neue Umschreibung der referendumpflichtigen Materien nicht überflüssig macht, dass es aber als ergänzendes Instrument brauchbar und in dieser Funktion durchaus nicht gefährlich ist. (46) Es wäre deshalb zu wünschen, dass häufiger ein Parlament den Mut aufbringen würde, davon Gebrauch zu machen. (47) Wenigstens auf Gemeindeebene scheint dieser Mut grösser zu sein, solange es um Konsultativabstimmungen geht und man sich gleichsam ausserhalb der Rechtsordnung glaubt.

Wie alle hier vorgeschlagenen Alternativen zur Konsultativabstimmung setzt das Behördenreferendum eine Aufwertung des Parlaments voraus.

4. Veto des Subsystems und Grundrechtsschutz

Wir haben bereits festgehalten, welche Entwicklung dazu geführt hat, dass das Veto des Subsystems gegenüber dem Entscheid eines grösseren Gemeinwesens eine gewisse Renaissance erlebt: Der

(43) Vgl. die Botschaft des BR an die Bundesversammlung über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums, BBl 1974 II 1163.

(44) Vgl. Art. 89 Abs. 4 BV.

(45) Vgl. die Botschaft des BR über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums (oben Anm. 43) 1170 u. 1165.

(46) Zu den verschiedenen Funktionen der von einer Behörde angeordneten Abstimmung vgl. HERNEKAMP, S. 32 ff. In unserem Zusammenhang geht es um die "appellatorische" Funktion.

(47) Ebenso EICHENBERGER, Zusammenspiel, S. 113; MUELLER/SALADIN, Problem, S. 417.

moderne Leistungsstaat sieht seine Aufgabe immer mehr im Bau und Betrieb oder in der Förderung grosser technischer Werke. Dem Subsystem, in dem sie entstehen, werden dabei besondere Opfer auferlegt. Bei Einführung des Vetos wäre das nur mit Zustimmung des betroffenen Subsystems möglich. (48)

Das Hauptargument gegen dieses Institut wirkt auf den ersten Blick überzeugend: Es ist unlogisch und stossend, wenn eine einzelne Gemeinde ein Werk verhindern kann, das im Interesse des ganzen Landes notwendig ist. (49) Dieser Vorwurf vernachlässigt, dass beim Abwägen zwischen Kosten und Nutzen eines solchen Werkes die Kosten regelmässig zu niedrig eingesetzt werden, weil sie nicht die Allgemeinheit treffen. Sie sind aber deshalb für den einzelnen Betroffenen nicht kleiner. Wenn ein Staat jedoch Opfer nur deshalb durchsetzen kann, weil sie eine Minderheit treffen, verliert er an Glaubwürdigkeit. (50) Es gibt eine Brücke von dieser Ueberlegung zu Rousseaus "contrat social". Ich möchte sie hier erwähnen, um dem Vorwurf, das Veto sei undemokratisch, wenigstens teilweise den Wind aus den Segeln zu nehmen:

In ihrer eindrücklichen Interpretation des "contrat social" beschreibt PATEMAN die direkte Demokratie im Sinne Rousseaus als einen politischen Mechanismus, in welchem jeder zu seinem eigenen Vorteil wünschen muss, dass bei jedem Staatsakt Profit und Lasten gleichmässig verteilt sind, weil im Gesetz die Worte "jeder" und "ich" das gleiche bedeuten. (51) Weil das Gesicht unseres Staates nicht vom klassischen Gesetz geprägt ist, entfällt diese Schranke gegen den menschlichen Egoismus. Vom Stimmbürger trotzdem zu erwarten, dass er den Standpunkt jener, die die Kosten tragen, zu seinem eigenen mache, hiesse ihn moralisch überschätzen. In den politischen Auseinandersetzungen um technische Werke wie Nationalstrassen und Atomkraftwerke zeigt sich vielmehr immer wieder, dass die Kosten nur berücksichtigt, wer die persönliche Beeinträchtigung unmittelbar erlebt. Das Veto könnte ein institutioneller Ausgleich sein.

Der Ausgleich muss aber auf anderem Weg gefunden werden, denn die Nachteile des Vetos überwiegen.

Erstens ist der Einwand überzeugend, dass das Gemeinwesen, dem eine Aufgabe übertragen wurde, auch die Mittel haben muss, sie auszuführen. Im andern Fall geht die Einheit der Staatsgewalt verloren. (52) Will man dem Zentralstaat die Macht zur Erfüllung

(48) Vorn S. 48 ff. u. 115 ff.

(49) Vorn S. 50 f.

(50) Vgl. auch SALADIN, S. 305.

(51) PATEMAN, S. 23. Aus unserer Sicht macht Rousseau den Fehler, dass die Demokratie die Gleichheit, welche sie schaffen und erhalten soll, schon voraussetzt.

(52) Vgl. vorn S. 51.

seiner Aufgaben nicht gewähren, so muss man die Aufgaben den Gliedstaaten überlassen und die daraus resultierenden Nachteile in Kauf nehmen. Eine föderalistische Kompetenzordnung garantiert wie das Veto, dass die besonderen gegenüber den allgemeinen Auswirkungen bei der Beurteilung eines Werks stärker ins Gewicht fallen.

Zweitens birgt das Veto die Gefahr in sich, dass zwischen dem Zentralstaat und einzelnen Subsystemen ein rechtlich schwer erfassbares "bargaining" anhebt. Es könnte bewirken, dass fragwürdige Kriterien den Standort eines Werks bestimmen und z.B. jene Gemeinde es übernehmen müsste, die auf eine Gegenleistung angewiesen ist. Wie die Forderungen der Gemeinden in der Umgebung des Atomkraftwerks Gösgen nach einer Ermässigung der Stromkosten (53) zeigen, könnte das Veto schliesslich auch die gleichmässige und gerechte Verteilung der zu produzierenden Güter in Frage stellen. Mit ihr war die zentralistische Lösung aber begründet worden. (54)

Die Normen, welche die Zustimmung des Subsystems zu seiner Aufhebung oder zur Aenderung seines Gebiets verlangen (55), werden von dieser Kritik nicht erfasst und gelten weiterhin. Nun ist es durchaus denkbar, dass die mit einem Werk verbundenen Immissionen und Risiken so gross sind, dass ein Subsystem völlig umstrukturiert oder überhaupt unbewohnbar wird. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob seine Zustimmung nötig sei, wo sie für Gebietsveränderungen vorgesehen ist.

Im Unterschied zu einem formellen Beschluss auf Aufhebung z.B. einer Gemeinde ist der Eingriff in ihren Bestand hier die rein tatsächliche Auswirkung eines Entscheides, der zum Inhalt nur die Errichtung des betreffenden Werkes hat. Im Fall der Gemeinde Hóri (ZH) focht diese einen Kreditbeschluss über den Ausbau des Flughafens Kloten mit der Begründung an, er führe wegen der zu erwartenden Immissionen zu einer tatsächlichen Vernichtung ihrer Existenz. Eine Gemeinde könne aber nur durch ein formelles Gesetz aufgehoben werden. Das Bundesgericht untersuchte die tatsächlichen Auswirkungen des Flughafens nicht und stellte fest: "Ein Eingriff in die Rechtsstellung ... der Gemeinde gegenüber dem Staat ... kann aber immer nur dort gegeben sein, wo er die Rechtsfolge eines Rechtsaktes ... ist." Die Gemeinde verkenne, "... dass die Existenzgarantie die Gemeinde vor rechtswidrigen Eingriffen in ihre Substanz als Rechtsgebilde ..., nicht aber vor den Einflüssen tatsächlicher Gegebenheiten schützen kann." (56) Die Argumentation ist recht formalistisch. Nach der

(53) Vgl. NZZ vom 12. Nov. 1980 Nr. 264 S. 37.

(54) Vorn S. 49 f.

(55) Vorn S. 116.

(56) ZBl 72/1971 S. 421.

Ansicht von DAHINDEN sollte sich eine Gemeinde auch bei den sog. indirekten Eingriffen vermehrt auf ihre Autonomie und die Existenzgarantie berufen können, wobei eine Gefährdung der Existenz aber nur in Extremfällen angenommen werden kann. (57) Zudem gibt es keine eindeutige Grenze zwischen der formellen und der materiellen Liquidation einer Gemeinde. Wie wäre z.B. ein Erlass zu beurteilen, der die Evakuierung der Bevölkerung auf ihrem Gebiet anordnet?

Die plausibelste Alternative zum Veto ist die Verbesserung des Grundrechtsschutzes gegen die Auswirkungen der Technik. Beim Veto nimmt das Subsystem stellvertretend die Interessen der unmittelbar belasteten Bevölkerung wahr; beim Schutz durch Grundrechte wird der einzelne Mensch direkt zum Massstab der zumutbaren Belastung. (58) Ausserdem wird diese Form der Abwehr der Einsicht gerecht, dass die besondere Belastung einzelner Gemeinwesen nur die Manifestation unseres gestörten Verhältnisses zur Umwelt ist, das langfristig jeden Einzelnen gefährdet. Drittens vermeidet man die Willkür, die beim Veto daraus entsteht, dass die bestehenden Gemeinden und Kantone absolut nicht identisch sind mit dem Kreis der von einem Werk gleichermassen betroffenen Bevölkerung. (59)

Der Vorschlag, statt der Stellung des nicht entscheidungsberechtigten Subsystems seien die Abwehrrechte des Individuums zu stärken, ersetzt erst ein Verfahren durch ein anderes, passenderes. Ob der Grundrechtsschutz auch materiell wirksam wird, hängt von vielen Faktoren ab. In der Schweiz ist die wichtigste Voraussetzung die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze und die Ausdehnung des Anfechtungsobjekts der staatsrechtlichen Beschwerde auf Akte des Bundes. (60) Sodann muss die Frage gelöst werden, in welchem Umfang sich aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit und aus dem Recht auf Leben und körperliche Integrität ein Recht auf eine bestimmte, minimale Lebensqualität ableiten lässt. Es hätte zum Inhalt den Anspruch des einzelnen, der Staat müsse physische und psychische Immissionen einer bestimmten Intensität absolut unterlassen. Auch der Zwang, in Angst vor den Folgen neuer Technologien leben zu müssen, ge-

(57) Eine entsprechende Oeffnung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung scheint sich dort abzuzeichnen, wo die Existenz der Gemeinde gefährdet ist, weil ein kantonaler Akt ihre finanziellen Grundlagen aushöhlt; vgl. DAHINDEN, S. 165 u. 163.

(58) Aehnlich SALADIN, S. 305.

(59) Vgl. dazu die Botschaft des BR zur Volksinitiative "Zur Wahrung der Volksrechte und der Sicherheit beim Bau und Betrieb von Atomanlagen", BBl 1977 III 377 u. 387 ff.

(60) Vgl. dazu HALLER, Ausbau, S. 501 ff., insbes. S. 523 ff.

hört zu diesen Immissionen, wenn die Folgen – wie z.B. bei den Atomkraftwerken – im Schadensfall die Dimensionen von Katastrophen annehmen. (61)

Letztlich wird die Wirksamkeit des Grundrechtsschutzes davon abhängen, ob die Verfassungsrichter den Mut finden, einen gewissen Kernbereich der menschlichen Existenz auch gegen die Strömung der Zeit für unantastbar zu erklären, oder ob sie den Entscheid über die jeweils nächste Stufe der Technologie immer zur politischen Frage erklären und sie deshalb dem Parlament überlassen werden. (62) Dem Entscheid muss eine radikale Rückbesinnung auf den elementaren Sinn der Grundrechte vorangehen, wonach das öffentliche Interesse oder die "Sozialadäquanz" (63) gerade nicht jeden Eingriff rechtfertigen.

(61) Vgl. SALADIN, S. 311. Aus dem Kalkar-Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 49, 89 ff.) und dem Mühlheim-Kärlich-Entscheid (BVerfGE 53, 30 ff.) geht hervor, dass der Bau und Betrieb von Atomkraftwerken das Recht auf Leben tangieren kann; vgl. auch das noch nicht publizierte Urteil des Bundesverfassungsgerichts betreffend die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit durch Fluglärm, NZZ vom 29. Mai 1981 Nr. 122 S. 5.

(62) Nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (vgl. die in Anm. 61 zitierten Entscheide) ist z.B. der Entscheid über die friedliche Nutzung der Kernenergie dem Gesetzgeber vorbehalten. Vgl. im übrigen zum – zugegebenermassen sehr heiklen – Problem der Abgrenzung von Gesetzgebung und richterlicher Rechtsfindung, HALLER, Ausbau, S. 511 ff., insbes. S. 518 ff., und zur speziellen Problematik bei Atomkraftwerken SALADIN, S. 312 ff.

(63) BVerfGE 49, 90.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 9. Juni 1953 in Kreuzlingen geboren und wuchs in Winterthur auf. Dort besuchte ich Primarschule und Gymnasium und bestand im Herbst 1972 die Matura. Im Herbst 1973 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und schloss es im Juni 1978 mit dem Lizentiat ab. Vom Oktober 1978 bis im März 1981 arbeitete ich als Assistentin von Professor W. Haller an der Universität Zürich. Die Arbeit an der Dissertation dauerte vom Sommer 1979 bis zum Frühjahr 1982. Am 14. Juli 1982 wurde ich von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

